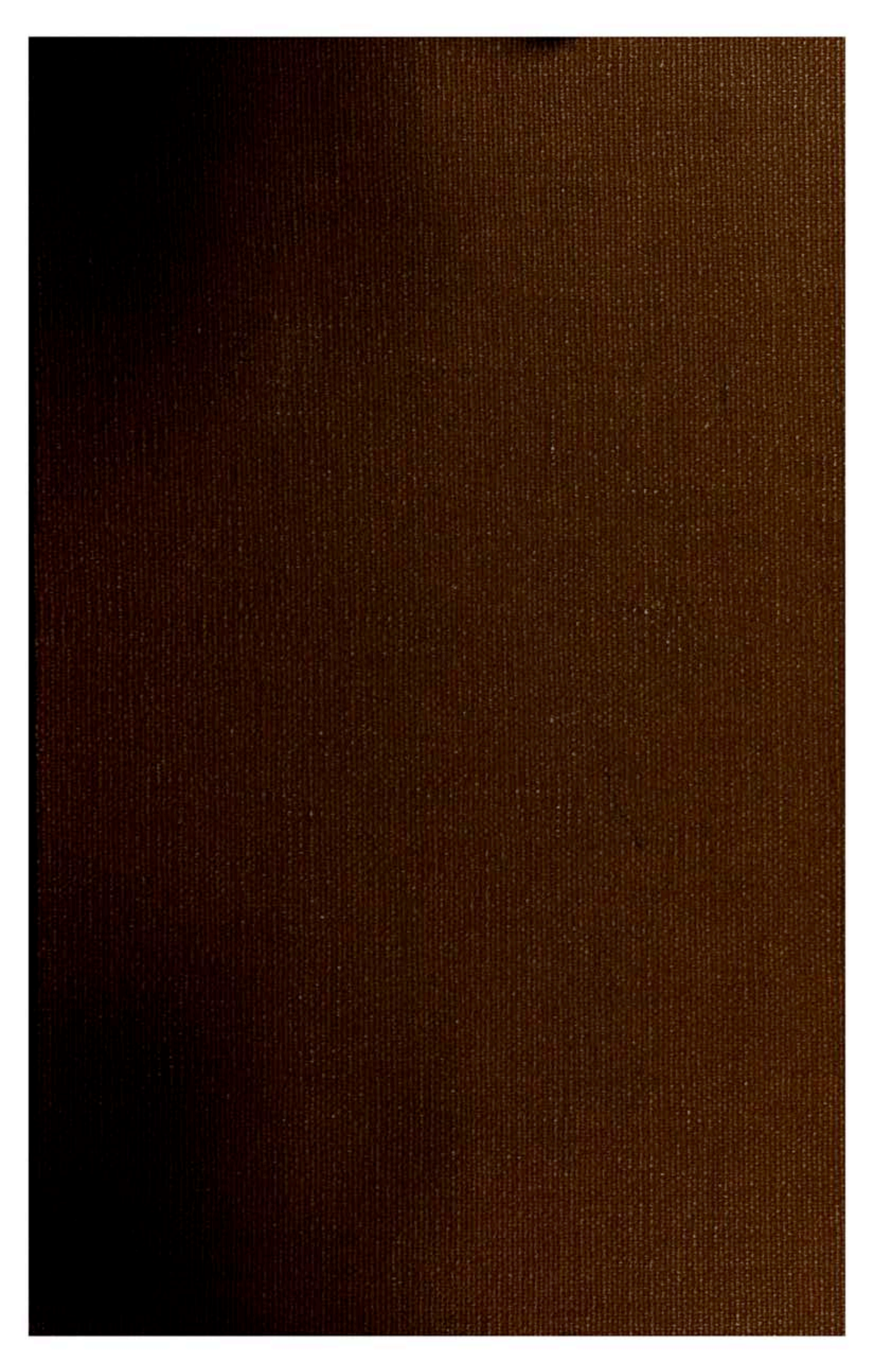


ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

BIBLIOTHÈQUE

DU

CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES:

1. Le texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités
4. Des ta[illegible] de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS. C. de LORIMIER, C. R., L. L. D.

Professeur à l'Université Laval à Montréal.

VOL. XVII

MONTRÉAL:

CADIEUX & DEROME

LIBRAIRES-EDITEURS

1888

LA

BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL

DE LA

PROVINCE DE QUÉBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA.)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

[ARTICLE 1976.]

1976. Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette. L'héritier du débiteur qui paie sa part de la dette ne peut demander sa part du gage tant qu'il reste dû quelque partie de la dette.

L'héritier du créancier qui reçoit sa portion de la dette ne peut non plus remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui n'ont pas été payés.

1976. The pledge is indivisible although the debt be divisible. The heir of the debtor who pays his portion of the debt cannot demand his portion of the thing pledged while any part of the debt remains due.

Nor can the heir of the creditor who receives his portion of the debt restore the thing pledged to the injury of those of his co-heirs who are not paid.

---

* *C. N.* 2083. } Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou ceux du créancier.

L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette,

ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

---

* *ff. De pign. act., Liv.* 13, *Tit.* 7, *L.* 8, § 2 ; *L.* 9, § 3 ; *L.* 11, § 4. } *L.* 8, § 2. Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit : quemadmodùm si ipse debitor portionem solvisset. (POMPONIUS).

L. 9, § 3. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodùm voluit creditor, licèt non sit solutum sive aliis pignoribus sibi caveri, voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor à pignore, videri ei satisfactum : si ut ipse voluit, sibi cavit : licèt in hoc deceptus sit. (ULPIANUS).

L. 11, § 4. Si creditori plures heredes extiterint, et uni ex his pars ejus solvatur, non debent cæteri heredes creditoris injuria adfici : sed possunt totum fundum vendere oblatio debitori, eo quod coheredi eorum solvit. Quæ sententia non est sine ratione. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 8, § 2. Si un des héritiers du débiteur paye au créancier sa portion de la dette, le gage pourra néanmoins être vendu en entier, comme si le débiteur avoit lui-même payé une partie de sa dette. (POMPONIUS).

L. 9, § 3. Pour que le débiteur puisse avoir action pour se faire rendre son gage, il faut que la dette soit payée en entier, ou que le créancier soit satisfait à cet égard. Le créancier est censé satisfait, quand il a reçu une chose dont il est content, quoiqu'il n'ait pas été payé ; par exemple, s'il a demandé de nouveaux gages pour libérer les premiers, s'il a

pris un répondant, ou qu'un autre se soit obligé envers lui pour la même dette, s'il a reçu un prix ou qu'il ait libéré les gages par une simple convention, tous ces cas donnent lieu à l'action du gage. En un mot, toutes les fois que le créancier a voulu remettre l'obligation du gage, il est censé satisfait, quand on lui a donné les autres sûretés qu'il a demandées, quoiqu'il ait été trompé à cet égard. (ULPIEN).

L. 11, § 4. Si le créancier qui avoit reçu un fonds en gage laisse plusieurs héritiers, à l'un desquels le débiteur aura payé sa part, les autres héritiers ne doivent en souffrir aucun préjudice ; et ils pourront aliéner le fonds en entier, en offrant au débiteur de le rembourser de ce qu'il a payé à un des héritiers. Ce sentiment est bien fondé. (ULPIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1975.

---

9 *Marcadé, sur art.* 2083 *C. N.* } I.—1200. La dette pour sûreté de laquelle un gage a été constitué peut être divisible ou indivisible. Qu'elle soit dans l'un ou l'autre cas, c'est à vrai dire, sans un grand intérêt, en thèse générale, tant que le débiteur et le gagiste restent en présence, puisqu'une obligation même susceptible de division doit être exécutée, entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible (C. Nap., art. 1220).

1201. Mais il peut arriver, la dette étant divisible, que le créancier gagiste consente librement ou soit obligé par la justice à recevoir un payement partiel (C. Nap., art. 1244). Il peut arriver aussi que la divisibilité s'établisse par suite du décès soit du créancier, soit du débiteur, laissant plusieurs héritiers qui peuvent demander la dette ou sont tenus de la payer chacun pour la part dont il est saisi ou dont il est tenu comme représentant le créancier ou le débiteur (art. 1220). Dans ces situations diverses se posent les questions de savoir si le débiteur qui a fait un payement partiel peut répéter une

partie correspondante du gage ; si le débiteur étant décédé, tel ou tel de ses héritiers qui se libère de ce dont il est tenu dans la dette, peut exiger en retour la restitution de sa part dans le gage ; enfin si, en cas de décès du créancier, le débiteur peut, en payant à l'un des héritiers la portion dont il est saisi, répéter une partie du gage. C'est à ces questions précisément que répond l'art. 2083, et que, d'accord avec la loi romaine, il tranche dans le sens de la négative, en vertu d'un principe commun, l'indivisibilité du droit de gage : *propter indivisam pignoris causam* (l. 65, ff. *De evictionibus et dup. stip.*) Comme le dit Pothier, le droit de gage ou nantissement est quelque chose d'indivisible ; le créancier acquiert par le contrat le droit de gage pour toute sa dette, et pour chaque partie de sa dette, sur tout ce qui lui est donné, et sur chaque partie de ce qui lui est donné en nantissement.

Ainsi, le débiteur donne divers objets mobiliers pour assurer le remboursement d'une somme de 1000 francs qu'il emprunte ; tant qu'il n'est pas entièrement libéré, il ne peut, quelque importants que soient relativement les à-compte par lui donnés, exiger de son créancier la remise d'une partie, si minime qu'elle soit, de son gage.—De même, le débiteur étant mort laissant quatre héritiers, dont l'un s'est empressé d'acquitter les 250 francs dont il est tenu dans la dette, le créancier n'en sera pas moins en droit de refuser à cet héritier une portion correspondante des objets engagés, et de tout retenir jusqu'à ce qu'il ait reçu les parts des autres héritiers, parce que si, à la mort du débiteur, la dette a été divisée entre les quatre héritiers, le droit de gage n'en est pas moins resté indivisible pour le créancier.—De même, enfin, si c'est le créancier qui est mort laissant quatre héritiers entre lesquels la créance s'est divisée, l'un d'eux, qui aurait été payé des 250 francs dont il s'est trouvé saisi à la mort de son auteur, ne pourrait rien remettre des objets reçus en nantissement tant que ces cohéritiers n'ont pas été aussi entièrement payés.

Tel est le principe, et telles en sont les conséquences déduites et formulées par la loi elle-même.

1202. Toutefois, il faut le dire, cette indivisibilité n'est pas une condition substantielle du droit de gage ; elle a pour fondement l'intention présumée des parties, et la loi ne la consacre que parce qu'interprétant elle-même la convention, elle suppose que la volonté commune des parties est de placer le gage aux mains du créancier pour qu'il y reste toujours intact et réponde de toute la dette et de chacune de ses parties. Par cela même, il convient de reconnaître aux contractants le droit de déroger au principe, et de convenir que le gage, quoique réputé indivisible par la loi, sera divisible et divisé par l'effet de leur volonté. Le principe de la liberté des conventions assurera nécessairement son efficacité à cette clause, dont la conséquence unique est d'écarter un principe qui, d'ailleurs, ne touche en rien à l'ordre public, et de substituer à un état de choses créé par la loi en vertu d'une volonté qu'elle présume, une situation différente que les parties établissent par une volonté contraire formellement exprimée.

C'est ce dont la Cour de cassation n'a peut-être pas suffisamment tenu compte dans un arrêt tout récent et encore inédit, qui, sans méconnaître précisément le droit, en a singulièrement paralysé l'exercice. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une caution qui, venant s'engager à raison d'une dette pour sûreté de laquelle le débiteur principal avait déjà remis en nantissement au créancier des titres et des valeurs considérables, stipulait qu'elle pourrait payer partiellement, et qu'à chaque payement partiel le créancier lui remettrait une partie proportionnelle des valeurs que le nantissement immobilisait entre ses mains. La condition étant acceptée, il en résultait que le gage n'était pas indivisible, et qu'à chaque payement par elle effectué à la décharge du débiteur principal, la caution en acquérait une partie correspondante, qui devenait sa garantie personnelle au point de vue de son recours contre ce dernier. Peu de temps après, et en exécution de la

convention, la caution paya, en effet, une partie de la dette; néanmoins, comme le gage consistait en un titre unique, et qu'un certain temps était nécessaire pour en faire la coupure de manière à pouvoir détacher la portion qui désormais revenait à la caution, il resta tout entier, nonobstant le payement partiel, aux mains du créancier ; il y était encore tout entier, la dette n'étant éteinte qu'en partie, lorsque, quelque temps plus tard, le débiteur principal et la caution tombèrent successivement en faillite. En cet état, le syndic de la caution a réclamé la livraison des titres qui auraient dû être remis lors du payement partiel; mais son action a été déclarée mal fondée par un arrêt de la Cour de Paris, dont la Cour suprême a maintenu la décision en rejetant le pourvoi formé par le syndic. La vérité est cependant que, dans les termes de la convention, le payement partiel avait conféré à la caution un droit auquel les insolvabilités survenues ultérieurement n'avaient pas pu porter atteinte. Pourquoi donc la réclamation a-t-elle été rejetée ? Ce ne peut être ni en vertu de l'art. 2083, puisque, par la convention des parties, le gage était divisible; ni à cause de l'art. 2082, § 2, puisqu'il s'agissait d'une seule et même dette, non de deux dettes distinctes et successivement contractées dans les conditions déterminées par ce dernier article. Il est donc assez malaisé de donner à la décision un fondement juridique. Peut-être le fait d'avoir laissé le gage aux mains du créancier a-t-il été considéré comme impliquant dérogation à la convention primitive qui avait établi la divisibilité du gage. Mais l'interprétation n'aurait-elle pas été en cela quelque peu exagérée ? Tout au plus ce fait aurait-il pu conduire à la prescription de l'action personnelle en remise du gage (*suprà*, n. 1166). Or, puisque la prescription n'était pas invoquée dans l'espèce, ce n'était pas le cas de relever le fait, ni surtout de lui donner la portée même qu'aurait eue la prescription acquise.

1203. Quoi qu'il en soit, en dehors d'une stipulation contraire, le gage est indivisible dans le sens que nous avons précisé plus haut, dans le même sens que l'hypothèque, dont

l'art. 2114 dit qu'elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. En ajoutant à l'article 1221, qui, par corrélation à ce dernier article, fait cesser le principe de la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur lorsque la dette est hypothécaire, on dira donc que le principe reçoit également exception lorsque la dette est garantie par un gage. Mais cette indivisiblité n'implique pas l'idée que l'un quelconque des héritiers du débiteur soit tenu personnellement de toute la dette ; il en résulte seulement que, sauf sa subrogation dans l'action du créancier (art. 1251, 3°), celui qui voudrait recouvrer le gage n'en pourrait obtenir la restitution qu'à la condition d'acquitter la dette en totalité.

1204. Ajoutons, en terminant sur cet article, que puisque le gage est un simple dépôt dans les mains du créancier (art. 2079), ce dernier, lorsqu'il fait la restitution aux héritiers du débiteur de ce qu'il a reçu en nantissement, doit se conformer aux règles tracées par l'article 1939. Si la chose engagée est matériellement divisible, elle doit être rendue à chacun des héritiers pour sa part et portion héréditaire. Mais si elle est indivisible, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir ; le créancier ne pourrait ou ne devrait pas la remettre à l'un des héritiers s'il n'avait pas pouvoir des autres.

1977. Les droits du créancier sur la chose qui lui est donnée en gage sont subordonnés à ceux qu'y ont des tiers, suivant les dispositions contenues au titre *Des Privilèges et Hypothèques.*

1977. The rights of the creditor in the thing pledged to him are subject to those of third parties upon it, according to the provisions contained in the title *Of Privileges and Hypothecs.*

1978. Les règles contenues dans ce chapitre sont, en matières commerciales, subordonnées aux lois et aux usages du commerce.

1979. Les règles spéciales concernant le métier de prêteur sur gage sont contenues dans un statut intitulé : *Acte concernant les prêteurs sur gage et les prêts sur gages.*

Le chapitre 54 des Statuts Refondus du Canada contient des dispositions spéciales pour le transport par endossement des connaissements, spécifications de bois, reçus ou certificats donnés par les gardiens d'entrepôts ou de quais, meuniers, maîtres de vaisseaux ou entrepreneurs de transport, fait en faveur des banques incorporées ou des particuliers comme gage, et pour la vente des effets et marchandises représentés par tels documents.

1978. The rules contained in this chapter, are subject in commercial matters to the laws and usages of commerce.

1979. The special rules relating to the trade of pawnbroking are contained in an act intituled : *An act respecting pawnbrokers and pawnbroking.*

Special provision is made in chapter 54 of the Consolidated Statutes of Canada for the transfer by endorsement of bills of lading, specifications of timber and receipts given by warehousemen, millers, wharfingers, masters of vessels or carriers, to incorporated or chartered banks, or to private persons, as collateral security, and for the sale of the merchandise and effects represented by such instruments.

Consultez *Sts. Ref. du C., ch.* 54 et 61.

TITRE DIX-SEPTIÈME.	TITLE SEVENTEENTH.
DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES	OF PRIVILEGES AND HYPOTHECS.

Rapport de MM. les Commissaires. } Le présent titre exprime, à quelques exceptions près, l'ancienne jurisprudence française avec les modifications qu'y ont apportées nos statuts locaux, mais il diffère du titre correspondant du Code Napoléon en plusieurs points. La principale différence consiste dans l'omission en ce titre des dispositions relatives à l'enregistrement des privilèges et hypothèques pour en former un titre particulier, contenant toutes les règles applicables aux différents droits réels soumis à la formalité de l'enregistrement, arrangement qui a semblé plus convenable. Les Commissaires se sont encore écartés en plusieurs occasions, soit de la rédaction du code français ou de l'ordre qui y est suivi, tant pour mettre à profit les observations des commentateurs que pour remplir les lacunes du Code Napoléon, ainsi qu'il sera mentionné dans le cours de ces remarques.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

Comme dans le Code Napoléon, le premier chapitre de ce titre ne contient que des dispositions préliminaires. Le premier article (1980) ne diffère de l'article 2092 du Code Napoléon que par la substitution des mots *est obligé* au lieu de *s'oblige* ; ce qui rend l'article plus précis ; on a ajouté la dernière partie comme une exception qu'il était nécessaire d'exprimer.

Les articles 1981 et 1982 sont semblables à ceux du Code Napoléon 2093, 2094.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÈGES.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Le chapitre deuxième est consacré à l'ordre des privilèges, et les articles 1983 à 1992 contiennent la loi en force. L'article

1983 correspond au 2095e du Code Napoléon et n'en diffère que par l'énonciation de deux conditions qui ne peuvent être contestées; Les articles 1984 et 1985 sont semblables aux articles 2096 et 2097 du Code Napoleéon.

Les trois articles suivants, 1986, 1987, 1988, ne se trouvent pas dans le code français; ils sont insérés ici comme complétant le sujet de l'article 1985; et l'article 1988 résout une question qui pourrait soulever quelques difficultés, si l'on s'arrêtait aux discussions de quelques écrivains récents qui ont cru trouver dans le Code Napoléon une règle différente de l'ancien droit auquel les Commissaires ont cru plus sûr de s'arrêter.

L'article 1989, correspondant au 2098 C. N., renvoie aux lois spéciales qui fixent les droits et privilèges de la Couronne.

L'article 1990 est copié du code français,(art. 2111), conforme à l'ancien droit sur la séparation de patrimoine, et l'article 1991 renvoie à la règle contenue au titre: *De la Société*, pour établir les droits respectifs des créanciers de la société et ceux des créanciers particuliers de chaque associé. L'article 1992 reproduit le 2099e du Code Napoléon.

SECTION I

PRIVILÈGES SUR LES MEUBLES.

On s'est départi dans cette section de l'ordre du code français, qui s'est contenté de diviser les privilèges sur les meubles, en privilèges généraux et en privilèges sur certains meubles, énumérant les premiers dans l'article 2101, et les seconds dans l'article 2102, laissant à la jurisprudence le soin d'établir l'ordre à observer entre les différents privilèges. Les commentateurs ont signalé cette lacune, et, entre autres, Laiguel, dans ses *Etudes sur la publicité des privilèges et hypothèques*, s'exprime ainsi: " Sous le code civil, dans son état actuel, je crois qu'en effet il est absolument impossible d'arriver sur cette question à une solution satisfaisante, parce que la division sous laquelle sont rangés les privilèges au ch.

2, tit. 18, livre 3, était inexacte, la doctrine est impuissante pour porter remède contre cette erreur qui doit en amener une foule d'autres à sa suite. Après avoir posé en principe (art. 2096) que les créances privilégiées doivent être classées d'après les différentes qualités des privilèges, il semble que, pour indiquer les divers ordres de ces créances, le législateur va prendre en considération leurs différentes qualités et établir un classement conforme à ses principes. Mais au lieu de suivre cet errement, le seul logique, il divise, ou semble diviser les privilèges en trois ordres différents dont chacun est basé, non sur la qualité du privilège, mais sur la nature de l'objet auquel il s'applique; et comme la nature de l'objet auquel un privilège s'applique n'a souvent aucun rapport avec la qualité du privilège, il s'ensuit que la division adoptée par le code civil est aussi vicieuse que le serait, en histoire naturelle, la division d'un genre en espèces, fondée sur quelques caractères qui ne seraient constitutifs ni des espèces ni du genre. Il faut nécessairement pour résoudre la difficulté, baser la division principale des privilèges sur les qualités des créances, et n'avoir égard qu'en second ordre à la nature de l'objet auxquels ils s'appliquent." Telle est la marche que les Commissaires ont suivie. Après avoir, dans l'article 1993, indiqué la division des privilèges sur les meubles en généraux et en spéciaux, ils les ont classés dans l'ordre qu'ils doivent occuper. Cet ordre peut n'être pas entièrement conforme à celui des auteurs anciens dont il est difficile de trouver deux d'accord, et les Commissaires se sont arrêtés à l'ordre qui leur a paru le plus logique en se basant sur les règles ci-après énoncées. Les Commissaires ont considéré que tous les privilèges se rattachent à quatre causes:

1. Dépenses faites dans l'intérêt commun des créanciers;
2. Propriété conservée;
3. Nantissement;
4. Faveur accordée à certaines créances par motif d'humanité ou d'ordre public.

Les créances résultant de la cause en premier lieu mention-

née doivent avoir la préférence, et sur ce point il y a assentiment universel. Les Commissaires ont ensuite donné la préférence à celui qui a conservé un droit à la propriété de la chose et peut la revendiquer à l'encontre du nanti. Les privilèges de faveur ne pouvant avoir effet que sur les biens dont le débiteur a l'entière disposition, devaient nécessairement être rangés après celui du nanti.

Telles sont les règles sur lesquelles est basé l'ordre des privilèges dans l'article 1994, dont les articles suivants ne sont que les développements et ne demandent aucune observation, si ce n'est que dans le cas de faillite ces droits ne peuvent être exercés que dans les quinze jours qui suivent la vente.

Une seule remarque reste à faire sur cette section à l'égard de l'article 2003, relatif aux frais de dernière maladie. Dans l'intérêt des autres créanciers, les Commissaires ont fait adopter de limiter ces frais à ceux des derniers six mois dans les cas de maladie chronique, disposition empruntée au Code des Etats-Romains et à celui de la Louisiane.

SECTION II.

PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES.

Dans cette section, les Commissaires ont adopté le même arrangement que dans la précédente, s'écartant de la même manière de celui du Code Napoléon. Les privilèges généraux, comme les privilèges spéciaux sont énoncés au rang qu'ils doivent occuper. Ceux qui sont énumérés dans le code français se trouvent dans les articles 2009, 2013 et 2014; on y a ajouté, dans l'article 2010, les frais de labour sur la plus value donnée par la récolte sur pied, et dans l'article 2012 les droits seigneuriaux et les rentes qui y ont été substituées. L'article 2014 étend le privilège du vendeur aux donateurs, et aux copartageants. Le paragraphe 5e de l'article 2013 C. N., relatif au privilège de celui qui a fourni les deniers pour payer le vendeur ou le constructeur, n'est pas reproduit dans cette section, attendu qu'il est suffisamment compris dans la

règle générale énoncée en l'article 1986 de ce titre, et dans l'article 1156 du titre : *Des Obligations.*

SECTION III

COMMENT SE CONSERVENT LES PRIVILÈGES.

Cette section ne se compose que d'un seul article (2015), qui déclare que certains privilèges ne produisent tout leur effet qu'autant qu'ils sont rendus publics par la voie de l'enregistrement, et renvoie au titre spécial sur cette matière. Cet article correspond au 2106 du Code Napoléon.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

Le chapitre troisième contient les règles relatives aux hypothèques. Ces règles sont celles de l'ancien droit avec les changements introduits tant par l'ordonnance de la 4 Vict. ch. 30, que par les statuts passés depuis. Cette ordonnance était basée sur les dispositions du code français qu'elle reproduisait presqu'en entier, sauf les formalités de la purge. Il n'est pas hors de propos de signaler ici les principales altérations qu'elle a apportées à l'ancien droit. Les Commissaires mentionneront d'abord la restriction de l'hypothèque légale aux quatre cas spécifiés dans la section deuxième ci-après. Cette disposition a fait disparaître l'hypothèque sur les biens de ceux qui administrent pour autrui, tels que les exécuteurs testamentaires et autres. L'ordonnance ensuite limitait l'hypothèque des droits dont elle pouvait exercer la reprise. Puis l'hypothèque judiciaire ne devait plus affecter que les immeubles possédés par le débiteur au jour de la prononciation du jugement ou de l'exécution de tout autre acte judiciaire ; et enfin la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, indépendamment de l'enregistrement dont l'obligation a été étendue même à l'hypothèque légale par le statut de la 23 Vict. ch. 59. Notre ancien droit ainsi altéré s'éloigne du Code Napoléon, dont les rédacteurs ont semblé craindre l'adoption

de tous les moyens nécessaires pour rendre la publicité des hypothèques efficace. Notre dernier statut a adopté le système allemand quant à la spécialité qui se trouve étendue à toutes les hypothèques quelle qu'en soit la cause.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Les articles de cette section contiennent des dispositions générales relatives aux hypothèques et coïncident avec les articles du code français avec quelques légères différences dans l'expression, et l'insertion de l'article 2223 qu'on trouve dans le code de commerce. On a ajouté dans le 2017e article un alinéa qui ne se trouve pas au C. N., et qui semble nécessaire pour fixer le vrai caractère de l'hypothèque.

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

Les articles 2024 à 2026 ne se trouvent pas dans le code français. Le premier n'est qu'introductif aux §§ qui suivent. L'article 2025 énonce que l'hypothèque légale affecte quelquefois tous les immeubles, ce qui a lieu dans le cas où le tuteur fait restreindre l'hypothèque à quelqu'un de ses immeubles et en affranchit les autres. L'article 2026 énonce les biens qui peuvent être affectés à l'hypothèque légale depuis le 1er septembre 1860, différant sur ce point du code français ; et les articles 2027 et 2028 contiennent les règles applicables aux hypothèques légales acquises à des époques antérieures.

§ 1. *Hypothèque légale des femmes mariées.*

La section 46 du ch. 37 S. R. B. C. restreint l'hypothèque légale de la femme aux reprises des successions, legs et donations qui peuvent lui survenir pendant le mariage, et n'y donne effet que du jour du décès de l'auteur ou testateur, ou de la perfection de la donation.

Il y a une omission grave dans cette section du statut, de

même qu'il y a inexactitude dans la 51e qui est insérée comme reproduisant une disposition contenue dans le Statut de la 12 V. ch. 48, s. 1. L'ordonnance de la 4 V. c. 30, s. 34, avait prescrit, pour la validité de l'aliénation des propres de la femme, un examen devant le juge pour constater le consentement libre de cette dernière, et libérait alors les biens du mari de toute hypothèque pour sûreté du remploi. Cette disposition a été rappelée par l'acte de la 12 V. c. 48, s. 1, dans les termes suivants : " La trente-quatrième section de la dite ordonnance précitée,concernant les femmes majeures, sera abrogée et révoquée en son entier, et demeurera nulle, comme si elle n'eût jamais été statuée ; et tous titres de ventes et transports de propriétés, étant propres à aucune femme mariée, qui auraient pu être consentis par telle femme, sans examen préalable devant un juge ou devant aucune cour de justice, et que toutes transactions quelconques qui auraient pu être faites par aucune telle femme comme susdit, depuis la mise à exécution de la dite ordonnance, vaudront et auront le même effet que si cette section de la dite ordonnance n'eût jamais été statuée." Cette abrogation absolue de la 34e section de l'ordonnance a eu pour effet de remettre en force les anciennes règles qui permettaient à la femme de vendre ses propres, conjointement avec son mari, et qui néanmoins lui donnaient une hypothèque légale sur les biens du mari pour sûreté du remploi ou du remboursement du prix, remontant à la date du mariage. Et cependant cette hypothèque légale n'est nulle part mentionnée dans le c. 37 S. R. B. C. Cependant elle existe et existait lors de la passation du Statut de la 23 V. c. 59, s. 19, dont la disposition est reproduite dans la section 48 du ch. 37 des statuts refondus.

Les Commissaires ont en conséquence rédigé l'article 2029 de manière à inclure ce droit de la femme, soumis néanmoins à la même restriction que pour les donations et successions.

§ 2. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

Comme dans le C. N., l'article 2030 énonce l'hypothèque accordée aux mineurs et aux interdits et avec le même effet.

L'article 2031 fixe l'époque où elle prend effet, et la restreint aux tutelles conférées dans le Bas-Canada.

§ 3. *Hypothèque légale de la Couronne.*

L'article 2032 énonce l'hypothèque légale en faveur de la Couronne dont parle la section 46 du chapitre 37 des statuts refondus du Canada, en relation avec les causes qui pouvaient y donner lieu d'après l'ancienne jurisprudence française, où elle ne parait admise que contre les comptables de deniers publics.

SECTION III.

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

La législation récente ayant soumis l'hypothèque judiciaire à des règles en tout conformes à celles qui régissent l'hypothèque légale, il paraissait naturel de la ranger dans la même catégorie, suivant la distinction adoptée dans le nouveau Denizart, tome 9, p. 749. Néanmoins, suivant à cet égard l'exemple du Code Napoléon, et même la division contenue dans nos statuts refondus, les Commissaires se sont décidés à conserver la distinction des hypothèques en légales, conventionnelles et judiciaires, telle que portée en l'article 2019 et traitant chaque espèce dans une section particulière. La présente section se compose de trois articles, dont le premier (2034), reproduit en partie le 2123e C. N. Mais l'article 2036 s'en écarte en restreignant l'hypothèque aux seuls biens possédés par le débiteur à la date de l'acte judiciaire.

SECTION IV.

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

Les articles 2037, 2038, 2039 et 2040 expriment la loi en force et sont conformes aux dispositions du Code Napoléon sur le même sujet. L'article 2041 a rapport à une disposition spéciale adoptée en faveur de certaines localités où l'hypothèque conventionnelle peut être créée par un acte sous seing-privé. Comme cette disposition est exceptionnelle, les Commissaires n'ont pas cru devoir l'insérer dans le code et se

contentent, par l'article 2041, de renvoyer au statut qui l'a établie.

La spécialité de l'hypothèque conventionnelle est prescrite dans l'article 2042, qui permet aussi de désigner l'immeuble par le numéro qui lui sera donné sur le plan cadastral.

L'article 2043 a en vue certains individus qui sont en possession mais n'ont pas encore de titre ; tels sont les occupants de terres sous billets de location et autres.

L'article 2044 exige la spécification du montant pour lequel l'hypothèque est consentie, avec exception néanmoins pour les rentes appréciables en argent stipulées dans les donations entrevifs.

Nos lois statutaires n'ont aucune disposition à l'égard de l'hypothèque dont. un testateur peut grever un immeuble qu'il donne sous quelques charges envers des tiers. Dans la prévision d'un cas semblable, les Commissaires ont cru devoir y pourvoir· en assimilant cette hypothèque à l'hypothèque conventionnelle (2045).

SECTION V.

DU RANG DES HYPOTHÈQUES ENTRE ELLES.

Les articles de cette section ont pour objet de régler le rang des créances hypothécaires. La règle générale qui fait dépendre l'ordre de la date de l'enregistrement est énoncé dans le premier de ces articles. Cette règle souffre néanmoins exception quant aux testaments et aussi quant aux hypothèques légales antérieures au 31 Décembre 1841. L'article 2047 correspond au 2134e C. N.

Les autres articles de cette section ne se trouvent pas dans le code français, et ont paru nécessaire pour régler des questions qui n'ont pas leur solution ailleurs en ce code.

CHAPITRE IV.

DE L'EFFET DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

Sous la rubrique de ce chapitre, le Code Napoléon contient plusieurs dispositions conformes au droit qui nous régit. Les

Commissaires les ont insérées dans ce chapitre en y ajoutant d'autres dispositions omises dans le C. N., et qu'ils ont cru cependant à propos d'exprimer tant pour compléter la matière que pour servir de règles uniformes pour les nombreux tribunaux appelés à interpréter et à faire exécuter la loi. Ce chapitre est en conséquence composé de quelques dispositions préliminaires et de deux sections dont l'une traite de l'action hypothécaire et des exceptions qui peuvent y être opposées, et l'autre de l'effet de l'action hypothécaire.

Les quatre premiers articles de ce chapitre énoncent quel est l'effet de l'hypothèque tant à l'égard du débiteur que du tiers détenteur, qui sont tous deux considérés jusqu'à certain point comme dépositaires. L'article 2055 fournit un recours spécial au cas de détériorations de l'immeuble. Le 2056 correspond au 2166e C. N., qu'il reproduit avec quelque changement de rédaction pour le rendre plus complet et plus précis. L'article 2057 n'est qu'introductif à la section qui suit.

SECTION I.

DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

Les articles 2058, 2059 et 2060 déclarent en quel cas et contre qui l'action hypothécaire peut être intentée, et comprend le débiteur comme le tiers détenteur ; l'article 2061 énonce l'objet de cette action et comment le détenteur peut éviter le délaissement.

Les quatre articles suivants ont trait aux moyens que le détenteur peut faire valoir contre la demande ; ils n'ont pas d'articles correspondants dans le code français. Les cinq paragraphes qui viennent ensuite expliquent différentes exceptions que le détenteur, non tenu personnellement au paiement de la dette hypothécaire, peut opposer.

Les articles 2066 et 2072 correspondent à ceux du C. N. sous les numéros 2170 et 2175, dont le dernier cependant n'accorde les impenses que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration, pendant que notre article 2072 applique au cas de l'hypothèque les règles énoncées au titre : *De la Propriété.*

L'article 2073 accorde au tiers-détenteur le droit de rétention pour lui assurer le remboursement de ses impenses, à moins que le créancier hypothécaire ne lui donne caution de faire monter l'héritage à si haut prix que le tiers-détenteur en soit payé en entier.

Ce même droit est accordé au détenteur qui a reçu l'héritage en paiement d'une créance préférable ou qui a acquitté semblable créance pour conserver sa possession (2073).

SECTION II.

DE L'EFFET DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

Pour assurer l'action du créancier, la loi ôte au détenteur poursuivi hypothécairement la faculté d'aliéner l'immeuble, et elle n'a égard à la vente qu'il en fait que si l'acquéreur consigne le montant de la poursuite en principal, intérêts et frais (2074). L'objet de l'action hypothécaire étant de le faire délaisser et vendre, le défendeur peut faire ce délaissement soit avant jugement ou dans le délai que ce jugement prescrit, et à défaut de tel délaissement, le détenteur est tenu personnellement au paiement de la dette (2075). Cette responsabilité personnelle peut être regardée comme une peine imposée au contumace, sans cependant nuire en aucun cas au poursuivant qui peut de suite saisir l'immeuble hypothéqué en même temps que les meubles du débiteur et obtenir ainsi satisfaction. L'article 2076 déclare que le tiers-détenteur peut en même temps être condamné à payer les fruits par lui perçus depuis l'assignation ainsi que les dommages qu'il a causés à l'immeuble, disposition que l'on trouve dans le code français (arts. 2175, 2179), de même que l'article 2078 qui fait revivre après le délaissement tous les droits réels que le détenteur pouvait y exercer avant, ou qu'il a éteints pendant sa possession. Les articles 2079 et 2080 ne requièrent aucune observation.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

Ce chapitre se compose d'un seul article (2081) correspondant à l'article 2180 C. N., mais plus détaillé et plus complet,

s'appliquant également aux privilèges sur les meubles comme à ceux sur les immeubles. Les différents paragraphes de cet article sont appuyés des autorités de notre ancien droit et n'exigent aucun commentaire.

Les dispositions du chapitre IV, C. N., intitulé : *Du mode de l'Inscription des Privilèges et Hypothèques*, et celles du chapitre V relatives à la radiation, sont renvoyées au titre dix-huitième de ce code, intitulé : *De l'Enregistrement des Droits Réels* ; et celles du chapitre VIII relatives à la purge sont renvoyées au code de procédure civile.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

1980. Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont spécialement déclarés insaisissables.

CHAPTER FIRST.

PRELIMINARY PROVISIONS.

1980. Whoever incurs a personal obligation, renders liable for its fulfilment all his property, moveable and immoveable, present and future, except such property as is specially declared to be exempt from seizure.

---

* *C. N.* 2092. } Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

---

* 10 *Pothier* (*Bugnet*), *Proc. civ.*, *n*o 448. } On peut saisir ou prendre par exécution, tous les meubles corporels du débiteur.

---

* *Pothier* (*Bugnet*), *Procéd. civ.*, *p.* 174. } Le créancier de quelqu'un qui a obtenu contre lui un jugement de condamnation d'une somme certaine et liquide qui a passé

en force de chose jugée, ou qui est de nature à s'exécuter par provision, ou celui qui est créancier en vertu de quelqu'autre acte exécutoire, peut contraindre son débiteur au payement sur tous ses biens, de quelque espèce qu'ils soient, et par conséquent il peut, non-seulement prendre par exécution ses meubles, saisir réellement ses immeubles, mais il peut aussi faire saisir et arrêter les créances de son débiteur.

---

* 1 *Pigeau, Proc. civ., Liv.* 2, *part.* 4, *ch.* 3, *p.* 597-8. } Lorsque le condamné n'a pas réussi dans les voies qu'il a prises pour faire réformer le jugement ou en suspendre l'exécution, ou lorsqu'il n'en a pris aucunes, on peut passer aux voies qui conduisent à cette exécution.

Lorsque ces voies sont tracées par le jugement, on les suit; et s'il s'élève des difficultés, soit à cause des événements et circonstances survenus depuis, soit parce que le juge a tracé cette exécution d'une maniere incomplete, on a recours à lui pour y suppléer, afin que cet obstacle levé, on puisse continuer l'exécution.

Si elle n'est point du tout tracée par ce jugement, et que l'objet de la condamnation soit un intérêt pécuniaire, ou se résolve en un intérêt de cette espece, comme lorsqu'il condamne à remettre une chose qui peut être substituée par une somme d'argent, v. g. un cheval; faute par le condamné d'acquitter la condamnation, le créancier suit une marche générale et uniforme, dont le but est de faire vendre les biens du condamné, pour se faire remettre, sur le prix qui en proviendra, ce qui lui est dû ; il peut même le faire emprisonner jusqu'au paiement, lorsque la condamnation est par corps.

Mais, comme jusqu'à cette vente le débiteur pourroit détourner ses biens mobiliers et dégrader ses immeubles, on a établi des voies par lesquelles ils sont mis sous la garde de la justice jusqu'à la vente.

C'est de ces saisies que nous nous proposons de traiter

dans ce chapitre, après que nous aurons fait quelques observations préliminaires communes à toutes.

Observations préliminaires.—Pour bien pénétrer l'intention du législateur dans l'institution des formalités qui se trouvent dans les contraintes, il faut connoître quelles sont les considérations qui l'ont déterminé.

L'intérêt public est la premiere regle consultée ; ainsi, toutes les autres considérations doivent lui céder, parce que le salut du peuple est la suprême loi.

L'humanité entre pour beaucoup dans ces considérations, et l'équité y tempere souvent la rigueur du droit.

En même temps que la loi considere l'intérêt du créancier et celui du condamné, elle ne perd pas de vue que celui-ci peut avoir d'autres créanciers qui aient des droits sur ses biens, et dont il faut ménager les intérêts.

Telles sont les considérations qui ont servi de guide à notre législation sur ce point ; c'est d'après elles que nos loix ont déterminé, 1° quels sont les biens sur lesquels on peut exercer ces contraintes, et dans quel ordre on peut le faire ; 2° la maniere dont elles doivent être dirigées, pour que l'intérêt public et particulier, l'humanité et l'équité, soient conservés autant qu'il est possible.

Nous ne donnerons ici aucun exemple pour le prouver ; mais lorsque nous entrerons dans le détail des contraintes, nous aurons occasion de le faire à chaque pas.

Ces contraintes s'appellent en général *saisies :* on y ajoute ensuite une qualification en conséquence des objets sur lesquels elles s'exercent.

---

* 10 *Pont, sur art.* 2092, *C. N.* } I.— 2. Toute obligation crée un *lien de droit*, une *nécessité légale* imposée à une personne au profit d'une autre personne. Or, l'obligation cesserait d'avoir ce caractère si, en même temps qu'elle lui permettrait de naître, la loi ne s'occupait pas des moyens d'en assurer l'exécution. En conséquence, le Code nous dit ici, d'une manière générale, que quiconque s'est obligé per-

sonnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens présents et à venir. C'est le rappel de l'ancien adage : *Qui s'oblige oblige le sien.*

Le Code, du reste, consacre en ceci un principe de haute moralité, une de ces règles qui ont pour base l'intérêt même de la société, la paix et la sécurité publique, une de ces règles dès lors qui sont de tous les temps et de tous les lieux, qui émanent de la loi naturelle, et que la loi positive constate bien plus qu'elle ne les crée.

3. Nous disons d'abord que le principe a pour base la paix et la sécurité publique. Et, en effet, le repos de la société est intéressé non-seulement à ce que les droits s'y établissent sans empiétement et suivant les modes déterminés, mais encore à ce que, ces droits une fois établis, l'exercice en soit assuré ou protégé par la loi. Or, l'obligation qui ne porterait pas avec elle, comme corrélatif, le droit, pour le créancier, d'agir contre son débiteur sous l'autorité de la loi et de le contraindre à l'exécution, serait inévitablement une cause de trouble, car le créancier n'aurait alors pour toute garantie que le bon vouloir du débiteur ou le devoir de conscience que l'obligation engendre, d'où sortirait pour lui, en présence d'un débiteur sans foi, l'alternative ou de voir son droit périr, ou de ne pouvoir le revendiquer que par un appel à la force.

4. Nous disons que le principe est puisé dans la loi naturelle et qu'il est de tous les temps et de tous les lieux. Toullier enseigne cependant que c'est seulement depuis l'établissement de l'état civil que tous les biens du débiteur ont été affectés de plein droit à l'accomplissement de ses engagements, et que jusque-là le débiteur n'a pu obliger ses biens qu'à la condition de les donner spécialement en gage à son créancier. Mais l'idée est fausse. Sans doute, le droit de gage sur *les biens* du débiteur, établi comme corrélatif de l'obligation, est un progrès de la civilisation, en ce sens que plus on s'est éloigné de la tradition des peuples barbares, plus on a senti que le gage principal du créancier, celui qui doit venir en premier ordre, c'est le *bien* du débiteur et non pas sa *per-*

sonne; d'où vient que partout où l'on s'est fait une idée exacte de la dignité de l'homme, la contrainte par corps n'a eu qu'un rang secondaire dans l'ordre des sûretés établies par la loi. Mais ce n'est pas à dire que l'établissement de l'état civil ait été pour quelque chose dans la pensée d'affecter de plein droit les biens du débiteur à l'accomplissement de ses engagements: cette pensée est nécessairement antérieure à l'établissement de l'état civil; elle a dû être révélée par l'instinct même du droit, et il n'y a eu besoin d'aucun développement de l'esprit juridique pour faire comprendre que celui qui a des biens doit souffrir qu'ils soient affectés à la sûreté de ses dettes, et que c'est là l'une des garanties sans lesquelles le lien naturel engendré par l'obligation laisserait cette obligation sans force ni valeur. L'idée de Toullier est donc fausse; et M. Troplong a mille fois raison contre lui quand il nous montre que, même à l'époque où la seule occupation faisait le droit du possesseur, et où la propriété ne s'appuyait pas encore sur l'hérédité (si tant est que cette époque ait existé jamais), une loi dictée par la conscience a dû commander impérieusement au débiteur de satisfaire à ses engagements par tous les moyens en son pouvoir, et permettre au créancier de l'y contraindre non-seulement par la saisie de la personne, mais encore par la saisie des biens. C'est cette loi aussi que nos articles rappellent et consacrent, avec cette réserve toutefois qu'ils affectent seulement les biens du débiteur, laissant à l'écart sa personne, laquelle ne répond que dans des cas tout à fait exceptionnels et expressément déterminés.

II.—5. Ceci dit, il faut rétablir d'abord la pensée réelle de notre article, pour passer ensuite au commentaire. La pensée de la loi doit être rétablie avant tout, puisque, en effet, notre article paraît à la fois dire trop et ne dire pas assez.

6. D'abord l'art. 2092 nous dit que " quiconque *s'est* obligé personnellement, etc."; et ici il est évident que la loi ne dit pas tout ce qu'elle doit dire et tout ce qu'elle veut dire. Ses rédacteurs sont encore sous l'empire de cette confusion, déjà

signalée par Marcadé, qu'ils ont faite perpétuellement, sinon dans les choses, au moins dans les mots, entre l'*obligation* elle-même et le *contrat* ou le *fait* qui donne naissance à l'obligation. En la forme, ils paraissent séparer encore deux choses parfaitement identiques, deux dénominations complétement synonymes, l'*obligation*, terme qu'ils emploient pour indiquer le lien de droit résultant d'un contrat, d'une convention, et l'*engagement*, expression qu'ils réservent pour les obligations naissant de la loi, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits; et ils donnent à penser, par leurexpression restrictive, qu'il faut, pour que le débiteur soit tenu dans les termes de l'art. 2092, qu'il *se soit* obligé, c'est-à-dire qu'il y ait eu une *convention*, un *contrat*, tandis que, au fond, il est évident pour tout le monde, et pour les rédacteurs de la loi eux-mêmes, que l'effet qu'ils signalent dans cet article est commun à tous les engagements, quelle qu'en soit l'origine, soit qu'ils procèdent de la convention, soit qu'ils procèdent des autres sources de l'obligation. Il n'est donc pas indispensable que le débiteur *se soit* obligé, il suffit qu'il *soit obligé* pour que l'effet indiqué par l'art. 2092 se produise : c'est en ce sens que le texte de cet article doit être rectifié.

7. D'un autre côté, le même article dit d'une manière générale et sans aucune réserve que celui qui est obligé est tenu *sur tous ses biens*, mobiliers et immobiliers, présents et à venir. Mais la loi,qui tout à l'heure était trop réservée dans l'expression, devient maintenant trop générale; car il y a certains biens, et en assez grand nombre, que des textes positifs enlèvent à l'action des créanciers, et que l'art. 2092 n'a pas eu l'intention assurément de replacer sous cette action. Nous aurons à dire bientôt, en fixant l'étendue du droit de gage consacré par notre article, quels sont les biens que ce droit n'embrasse pas d'après les textes auxquels nous faisons allusion (*voy.* n. 10). Nous nous bornons, quant à présent, à constater l'existence de ces textes pour justifier notre observation, à savoir que notre article dit trop à la fois et ne dit pas assez.

8. C'est, du reste, ce que la Faculté de Caen avait parfaitement compris lorsque, dans ses observations sur les projets de réforme hypothécaire préparés par le gouvernement en 1841, elle proposait de substituer à l'art. 2092, tel que nous le trouvons dans le Code, la rédaction suivante : "Quiconque *est* obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, *sauf les exceptions admises par les lois*."

Au surplus, si notre article, tel qu'il est, ne dit pas précisément cela, c'est du moins cela précisément qu'il veut dire. Nous avons maintenant à indiquer le principe du droit qu'il consacre et à fixer l'étendue de ce droit.

III.—9. Quant au principe même du droit, notre article l'indique d'une manière précise : il faut que le débiteur soit obligé *personnellement*. Ainsi, le tiers acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque ne se trouve pas dans les conditions de loi. Celui-là est tenu hypothécairement, et à ce titre il doit souffrir sans doute que le créancier exerce son recours sur l'immeuble grevé, puisque la charge hypothécaire suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe. Mais le détenteur actuel n'est pas tenu autrement : il n'est pas le débiteur direct, personnel du créancier ; ce n'est pas lui qui a contracté la dette à la sûreté de laquelle l'immeuble est affecté ; s'il peut être actionné à raison de cette dette, c'est accidentellement, à cause de cet immeuble et parce qu'il en est actuellement détenteur, en sorte que l'immeuble venant à sortir de ses mains,soit qu'il ait péri par cas fortuit,soit qu'il ait été abandonné aux créanciers de qui l'action émane, le détenteur est libéré à l'instant, car l'obligation à son égard n'a plus de cause, et les créanciers n'ont plus rien à lui demander (*voy.* le comm. des art. 2166 et suiv., *infrà*, n. 1111 et suiv.). Telle est encore la situation des héritiers irréguliers réglée par les art. 756 et suivants du Code Napoléon ; comme ils succèdent aux biens sans succéder à la personne, ils ne peuvent être tenus qu'à raison des biens et en tant qu'ils les détiennent. Telle aussi celle de l'héritier bénéficiaire auquel

son titre donne l'avantage, d'après l'art. 802, de ne pas confondre ses biens avec ceux de la succession, et de n'être tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens recueillis, *même de pouvoir se décharger du payement des dettes en abandonnant les biens de la succession aux créanciers et aux légataires.* Telle serait également la situation de celui qui, sans se constituer caution de la dette d'un tiers, ce qui impliquerait une obligation personnelle, affecterait hypothécairement un de ses immeubles au payement de cette dette. Le gage du créancier n'irait pas au delà de l'immeuble hypothéqué ; et l'immeuble vînt-il à périr par cas fortuit, le créancier ne pourra pas se venger sur le reste du patrimoine du propriétaire, car il n'a pas contre celui-ci l'action directe naissant d'un engagement personnel qui fait que le débiteur est obligé directement, obligé non pas à cause de ses biens, mais au contraire personnellement et indépendamment de ses biens. C'est donc cette obligation personnelle et directe qui est le principe du droit de gage général consacré par notre article.

IV.—10. Quant à l'étendue de ce droit, il comprendrait, si l'on prenait le texte à la lettre, *tous les biens* du débiteur. Mais nous savons déjà (*voy.* n. 7) que la rédaction est trop absolue. Et, en effet, il faut retrancher de la règle tous les biens que la loi, dans un intérêt d'ordre public, ou par des raisons d'humanité, ou par toutes autres considérations, a déclarés inaliénables, incessibles, insaisissables. Par exemple, la dot de la femme, dans le régime dotal, est inaliénable et insaisissable ; la loi veut encore que certaines choses (comme le coucher, les instruments de travail, d'autres encore dont l'énumération se trouve aux art. 580 et suivants et 592 du Code de procédure) ne puissent pas être saisies et vendues ; il en est ainsi, dans une certaine mesure, des traitements et pensions dus par l'état, et ce aux termes de l'art. 580 du même Code combiné avec la loi du 21 ventôse an 9 ; ainsi des traitements des employés des particuliers, ou des salaires des ouvriers, lesquels peuvent être déclarés insaisissables,

soit pour partie, soit pour le tout, lorsque, à raison de leur qualité et de la position de ceux qui les reçoivent, ils doivent être considérés comme alimentaires ; ainsi des rentes sur l'État, d'après l'art. 581 combiné avec la loi du 8 nivôse an 6, art. 4 ; ainsi de certains droits qui, étant exclusivement attachés à la personne, sont par cela même incessibles, comme la jouissance légale qu'a le père et, à son défaut, la mère, des biens de leurs enfants mineurs, l'usage, l'habitation (C. Nap., art. 384, 631 et 634) : quelque générales que soient les expressions de l'art. 2092, il y a là des dispositions exceptionnelles qui subsistent, et avec lesquelles cet article doit se combiner et se concilier.

11. Et ce n'est pas tout : d'autres réserves, moins complètes, mais qui n'en sont pas moins des réserves, accusent encore la trop grande généralité de notre article. Ainsi, quoique les biens du débiteur répondent de sa dette, le créancier n'est pas toujours libre de choisir celui des biens qu'il lui convient de faire saisir. Par exemple, le débiteur est-il un mineur, même émancipé, ou un interdit, le créancier ne pourra pas, en général, mettre en vente les immeubles avant la discussion du mobilier (C. Nap., 2206) ; le créancier a-t-il une hypothèque sur certains immeubles de son débiteur, c'est seulement dans le cas d'insuffisance de ces immeubles qu'il pourra poursuivre la vente de ceux qui ne lui sont pas hypothéqués (art. 2209) ; le débiteur justifie-t-il par baux authentiques que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le payement de sa dette en capital, intérêts et frais, les juges auront la faculté de suspendre la poursuite, si la délégation du revenu est offerte au créancier (art. 2212).

12. Sauf ces réserves les créanciers ont pour gage la généralité des biens de leur débiteur, *les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.*

Sur quoi, deux observations.

13. D'une part, le droit de gage embrasse *tous les biens* : il n'y a donc pas à accepter les biens *incorporels*, et cette catégorie de biens répond de l'obligation tout comme les biens

corporels. Cela résulte sans équivoque possible de l'art. 2092, dont le texte suffirait à lui seul pour justifier la solution, puisque les créances, les droits, les actions appartenant à une personne, constituent des biens qui font partie du patrimoine de cette personne, et que l'art. 2092 affecte tous les biens. Mais nous avons de plus l'art. 1166, dans lequel la solution est en quelque sorte formulée ; car cet article donne aux créanciers la faculté d'exercer *les droits et actions* de leur débiteur, et par là il exprime précisément la conséquence que nous déduisons ici de notre article.

14. D'une autre part, le droit de gage embrasse les biens *présents et à venir* ; il n'y a donc pas à tenir compte de la date de l'obligation eu égard à celles des acquisitions qui ont fait entrer les biens acquis dans le patrimoine du débiteur. L'obligation eût-elle précédé l'acquisition de tels ou tels biens par l'obligé, ces biens n'en seraient pas moins le gage du créancier avec ceux que le débiteur avait déjà dans son patrimoine. Et, en effet, puisque la loi nous dit que le droit de gage s'étend aux biens *présents et à venir*, elle nous dit par cela même que ce droit affecte non-seulement les biens acquis au débiteur au moment de l'obligation, mais encore ceux que le débiteur acquiert après et à mesure qu'il les acquiert.—Mais, par contre, il ne faut pas tenir compte non plus des biens que l'obligé a pu avoir au moment de l'obligation et qui ont cessé d'être siens quand l'exécution de l'obligation vient à être poursuivie, soit qu'il les ait vendus, soit même qu'il les ait donnés. Le droit de gage général consacré par notre article ne se maintient, en effet, qu'autant que le débiteur reste en possession ; cela est bien évident, puisque tel bien que le débiteur a eu dans le passé, mais qu'il n'a plus, ne peut pas être rangé dans la catégorie des *biens présents et à venir ;* les seuls que le droit de gage embrasse. Si donc le débiteur a disposé d'une chose à lui appartenant, s'il l'a mise hors de son patrimoine par un acte quelconque d'aliénation, il l'a transmise franche et libre de ce droit de gage dont elle était affectée entre ses mains, et c'est par là, entre autres choses,

que ce droit diffère de l'hypothèque, laquelle suit l'immeuble qui en est grevé en quelques mains qu'il passe. Les créanciers pourront sans doute faire rentrer la chose dans le patrimoine de leur débiteur, si l'aliénation en a été faite en fraude de leurs droits (art. 1167) ; c'est un point sur lequel nous reviendrons bientôt. Mais si la chose reste hors du patrimoine de leur débiteur, les sûretés des créanciers en seront diminuées d'autant, bien qu'au moment où l'obligation est née la chose se trouvât dans le patrimoine de leur débiteur, d'où elle est sortie depuis.

15. Du reste, la généralité du gage consacré par notre article n'est pas de l'essence même de l'obligation à laquelle le droit de gage est corrélativement attaché. Le créancier et le débiteur pourraient donc le limiter, d'un commun accord entre eux. Par exemple, j'ai, dans mon patrimoine, certains objets qui, abstraction faite de leur valeur absolue, ont pour moi, en raison de leur origine, une valeur d'affection, et dont, par ce motif, je tiens à conserver toujours la propriété. Je peux certainement, si je viens à m'obliger par un emprunt ou de toute autre manière, stipuler que ces objets seront soustraits au droit de gage général consacré par notre article ; si le créancier consent à cette réserve et l'accepte, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait son effet, quelles que puissent être les éventualités, et le reste de mon patrimoine fût-il insuffisant pour répondre de ma dette : le principe consacré par l'art. 2092 n'est pas d'ordre public à ce point qu'il ne soit pas possible d'y déroger.

16. Mais à défaut de limitation, le droit de gage est acquis au créancier dans toute sa généralité, et cela abstraction faite de toute circonstance juridique par suite de laquelle la capacité de disposer de ses biens est restreinte dans la personne de l'obligé. Ce point est toutefois gravement controversé ; il faut l'éclaircir d'abord par une hypothèse. Nous supposons un mineur émancipé, ou un mineur représenté par un tuteur, ou encore une femme séparée de biens ; ces personnes diverses n'ont pas le pouvoir absolu de s'obliger et d'aliéner

leurs biens, mais elles ont un droit d'administration dans les limites duquel les obligations qu'elles contractent sont parfaitement valables. Maintenant nous supposons que ces personnes se soient obligées sans dépasser la limite de ce droit d'administration qui leur est conféré par la loi, et nous demandons si, nonobstant les prohibitions par lesquelles la capacité générale d'aliéner est limitée en elles, leur obligation a aussi sa sanction dans le droit de gage général établi par l'art. 2092. Marcadé a déjà traité la question dans son commentaire de l'art. 1449, à propos de l'obligation contractée par la femme séparée de biens, et il a pensé que ce n'est pas ici le cas de suivre l'art. 2092, au moins dans toute sa généralité, et que l'obligation n'a pour gage que le mobilier de la femme. Nous avons eu aussi à examiner la question, dans cette même hypothèse, dans le *Traité du Contrat de mariage*, que nous avons publié avec M. Rodière, et, d'accord avec notre collaborateur et ami, nous l'avons résolue dans le sens opposé. Cette publication nous a imposé le devoir d'un nouvel examen qui nous a pleinement confirmé dans notre opinion personnelle : nous y persistons, et c'est pour rendre hommage à l'autorité si grande de Marcadé que nous développerons les motifs qui nous ont déterminé.

La théorie de l'art. 2092 est on ne peut plus claire. La loi veut donner une sanction efficace à toute obligation dont elle reconnaît la validité. Par cela seul, donc, qu'une obligation est valable en soi, cette obligation crée un lien de droit, une nécessité légale en vertu de laquelle les biens de l'obligé sont frappés du droit de gage général que la loi consacre en faveur du créancier. Or la femme séparée de biens, qui s'engage dans les termes et dans les limites de son droit d'administration, contracte assurément une obligation valable. Donc elle est sous l'application de l'art. 2092, et elle peut être poursuivie sur la totalité de ses biens, sur ses immeubles, par conséquent, aussi bien que sur son mobilier. Il est vrai que la femme séparée, si elle a la disposition de ses meubles aux termes de l'art. 1449, n'a pas également,

d'après le même article, la libre disposition de ses immeubles. Mais qu'importe cela et qu'en veut-on conclure ? Que la femme qui ne peut aliéner ses immeubles ne peut par cela même les engager, l'incapacité d'aliéner emportant en général incapacité de s'obliger ? Soit ! Mais la question n'est pas là, et cela est évident, puisque la femme séparée, quoique incapable d'aliéner ses immeubles, n'en a pas moins une capacité relative de s'obliger. De quoi s'agit-il donc réellement ? De savoir si la femme, qui par le fait de la séparation recouvre son droit de libre administration (car l'art. 1449 dit aussi cela), à laquelle par conséquent la loi rend les prérogatives et la capacité qui appartiennent à l'administrateur, peut, lorsqu'elle s'oblige dans les limites de cette capacité, être affranchie, dans une mesure quelconque, des conséquences que la loi elle-même, que la loi seule attache à l'obligation régulièrement formée. Or l'art. 2092 répond à cela par sa généralité même. Nul assurément ne pourra lire cet article sans reconnaître qu'il ne mesure en aucune manière à la capacité plus ou moins étendue, plus ou moins complète de l'obligé les effets qu'il attache à l'obligation. Que l'obligé soit capable dans la mesure où il s'oblige et qu'il s'oblige régulièrement, il n'en faut pas davantage : le droit du créancier repose alors sur une cause juste ; c'est assez pour que l'obligation soit maintenue dans ses conditions, dans ses effets juridiques, par conséquent avec toutes les sûretés que l'art. 2092 y rattache corrélativement. Que font maintenant à cela les prohibitions de l'art. 1449 ? Rien ! car ce que cet article interdit à la femme séparée, c'est son action personnelle, spontanée, c'est le consentement qu'elle donnerait elle-même à des actes qui sortiraient de la mesure de sa capacité relative. Mais il n'y a rien de cela ici : ce droit de gage général qui affecte les biens de l'obligé, aux termes de l'art. 2092, ce n'est pas l'obligé qui le donne, c'est la loi elle-même qui l'établit, par sa seule autorité, sans l'intervention de l'obligé, même à l'insu de l'obligé dans bien des cas, par exemple lorsque l'obligation a sa source dans le quasi-contrat de gestion d'affaires.

Comment donc les prohibitions de l'art. 1449 pourraient-elles être mises en cause ici ? Evidemment ces prohibitions subsistent entières dans notre système, et notre solution ne les contrarie pas ; car si les immeubles de la femme séparée sont engagés par l'effet de ce droit de gage général que consacre l'art. 2092, ils sont engagés du moins sans le consentement de la femme, par la volonté de la loi, et comme conséquence d'une obligation consentie par la femme sans doute, mais que la femme pouvait consentir, et dont par conséquent la loi ne peut reconnaître la validité sans admettre les effets qu'elle assigne elle-même à l'obligation d'une manière générale (1).

L'exception qui protège les biens de la femme dotale même contre le droit de gage général consacré par notre article tient aux particularités tout à fait exceptionnelles du régime dotal ; elle ne saurait profiter à la femme placée sous un autre régime d'association conjugale.

---

* *Troplong, Priv. et Hyp., sur art.* 2092 *C. N.* } 1. Je n'adopte pas l'opinion de Toullier, qui semble croire que ce n'est que depuis l'établissement de l'état civil que les biens d'un débiteur sont devenus le gage commun de ses créanciers (2). Aussi loin que je remonte dans les annales des peuples, et même en me reportant par une fiction de la pen-

(1) *Voy.*, en se sens, MM. Duranton (t. II, n. 492) ; Demante (t. I. p. 443) ; Valette, sur Proudhon (t. I, p. 443) ; Demolombe (t. IV, n. 161) ; Mourlon (*Examen crit. et prat. du Comm.* de M. Troplong *sur les Privilèges*, p. 6, n. 6).—*Voy.* cependant, outre l'opinion de Marcadé déjà citée, MM. Zachariæ (t. III, p. 484, note 55) ; Massol (*De la Séparation de corps*, p. 21).

(2) T. VI, n. 402.

Add Op. conf. des Pandectes françaises, article 2092. Cependant au n. 80, t. III, Toullier dit en parlant de l'article 2092 : " Principe conservateur des sociétés, et qui, donnant aux obligations une sorte de réalité, les fait passer avec les biens d'une génération à l'autre."

sée à cette époque plus idéale (1) qu'historique où l'occupation seule faisait le droit du possesseur, et où la propriété purement viagère ne s'appuyait pas encore sur l'hérédité, il me paraît qu'une loi dictée par la conscience, *non scripta, sed nata lex*, devait commander au débiteur aussi sévèrement qu'aujourd'hui de satisfaire à ses engagements par tous les moyens en son pouvoir, et devait permettre au créancier de l'y contraindre en s'emparant des biens *qu'il possédait*. La nature et la raison indiquent cette marche. C'est celle qui se pratique, par le seul instinct du droit primitif, dans les pays les plus éloignés du flambeau de la civilisation.

Notre article ne fait donc que déclarer une de ces lois que la puissance législative ne fait pas, mais qu'elle trouve créées par un pouvoir antérieur, et qui ont leurs racines dans les entrailles de l'humanité (2).

2. Il arrive quelquefois que l'obligation du débiteur se résout en moyen de contrainte non-seulement par saisie des biens, mais encore par saisie de sa personne (3). Dans les

(1) Est-ce le *droit civil* qui a créé la propriété et l'hérédité de la propriété ? ou bien la propriété et l'hérédité sont-elles de *droit naturel* ? Ce n'est pas ici le lieu de traiter ces graves questions. Je me bornerai à dire que c'est, à mon avis, une grande erreur que de supposer qu'il a fallu *une loi civile* pour fonder la propriété et la rendre héréditaire. Toute époque antérieure à l'établissement de la propriété et de l'hérédité est fabuleuse.

(2) Add. Persil, *Rég. hyp.*, n. 1, dit ici : " Entre le créancier et le débiteur, l'effet de l'obligation personnelle est de forcer à son exécution la personne qui s'engage, ainsi que ses héritiers ou ayants cause : c'est dans ce sens qu'on dit que celui qui contracte s'oblige, lui et les siens (art. 1122).

Jurisprudence.—Jugé qu'un créancier, même cédulaire, peut faire annuler une vente d'immeuble faite par son débiteur, lorsqu'elle est simulée et frauduleuse, et alors même qu'il n'aurait pas été formellement constaté que les autres biens du débiteur étaient insuffisants pour le payement de la créance (code civil, art. 1167, 2092 et 2093). 22. mars 1809, Req. Agen, Michel (Dalloz, X, 503, Dalloz, IX, 1, 109).

(3) Art. 2039, 2060.

législations des peuples barbares, qu'une singulière confusion a fait regarder longtemps comme plus rapprochés du droit naturel, la contrainte par corps est ordinairement prodiguée avec une sorte de luxe impitoyable. La férocité des créanciers s'exerce sur les débiteurs par des actes sanguinaires ou par les tortures de l'esclavage ; les châtiments les plus durs ne sont pas considérés comme étant trop forts pour maintenir la bonne foi dans les emprunts et prévenir les fraudes des débiteurs. La loi des Douze Tables (1) punissait de mort celui qui était en retard de satisfaire à ses obligations ; et, dans les vieilles mœurs gauloises, franques et féodales, le créancier avait une espèce d'hypothèque sur la personne du débiteur : il pouvait le réduire à l'esclavage, et le vendre ou l'échanger comme un vil animal (2). Dans ce système, la tête et la liberté de l'obligé répondent en premier ordre de son exactitude à payer sa dette. Si l'on saisit les biens, c'est comme accessoire de la personne mise à la disposition du créancier (3). *Qui confisque le corps confisque les biens.*

Mais chez les peuples que le civilisation a mis en possession du véritable droit naturel, de ce droit qui s'identifie avec l'équité de tous les sentiments humains, un ordre inverse préside aux garanties que la société assure aux créanciers. La personne de l'homme y est sacrée, et sa liberté y est estimée à trop haut prix pour devenir à tout propos la rançon de ses promesses pécuniaires. Ce n'est que dans quelques cas extrêmement rares que l'utilité publique autorise l'usage de la contrainte par corps ; ce moyen d'exécution y est plutôt considéré comme un sacrifice douloureux et exceptionnel, fait à certaines exigences sociales, que comme un droit découlant naturellement des obligations. En première ligne et toujours, les biens du débiteur sont affectés à l'accomplis-

(1) Pand. de Pothier, t. I, p. 12, table 3, *de rebus creditis.*

(2) *Formules* de Marculfe, appendice, form. 16 ; dom Calmet, *Notice de Lorraine,* v° *Epinal,* p. 388 ; Marchangy, *Gaule poétique,* t. II, p. 229.

(3) L. 15, D. *de adopt.* Pothier, Pand., t. III, p. 725, n. 250.

sement de ses engagements ; en seconde ligne seulement et dans des circonstances très-limitées, sa personne doit répondre de ce qu'il a promis.

Telle est la théorie du code civil (1). En général nul citoyen n'est tenu de satisfaire par corps à ses obligations, même les plus téméraires. Ses biens seuls peuvent faire l'objet des poursuites de ses créanciers. Ce n'est que par exception, et dans des cas que leur gravité place dans un rang à part, qu'il est permis de recourir à la *contrainte corporelle* qui prive de la liberté.

(2) 2° (2).

(1) Ici, comme ailleurs, le code civil est plus rapproché du droit naturel qu'aucune autre législation.

(2) Add. *Conséquence de la règle : " Le créancier peut faire vendre indistinctement les biens du débiteur." Exceptions à ce droit.*—Persil, *Rég. hyp.*, art. 2092, n. 1 et 2, dit à ce sujet : Observons cependant que ce droit de poursuivre l'exécution de l'obligation sur les biens du débiteur, se borne à la discussion de ceux qui sont actuellement en sa possession ; car les biens n'étant qu'indirectement engagés par l'obligation personnelle, le débiteur a pu les aliéner et les transmettre francs et quittes de toutes charges : et c'est en cela que l'obligation personnelle diffère de l'hypothécaire, qui, en établissant sur la chose un droit qui lui est inhérent, donne au créancier le droit de la suivre en quelques mains qu'elle passe.

" D'après cela, on voit que le débiteur peut être contraint au payement de la dette par toutes les voies judiciaires ; qu'aussitôt que le titre du créancier est exécutoire que la dette est certaine et liquide, il peut poursuivre *indistinctement* la vente forcée de tous les biens du débiteur (art. 2092 et 2204).

" Nous disons *indistinctement*, parce que tous les biens du débiteur étant le gage naturel de ses créanciers (art. 2093), la loi n'a pas dû astreindre les chirographaires à discuter tels biens plutôt que tels autres, le mobilier plutôt que les immeubles. Cette obligation ne pouvait être imposée qu'aux seuls créanciers hypothécaires qui, en recevant un gage particulier et le droit de suite que n'ont pas les créanciers cédulaires, sont censés s'être tacitement imposé la nécessité de ne recourir aux biens non hypothéqués qu'à défaut de ceux affectés à leur créance.

" Cependant le principe que le créancier peut poursuivre l'exécution de son obligation indistinctement sur tous les biens, souffre plusieurs

(2) 3° (1).

exceptions : la première, qui est particulière au mineur et à l'interdit, est établie par l'art. 2206. Suivant cet article, en effet, le créancier ne peut poursuivre l'expropriation d'un immeuble appartenant à un mineur, émancipé ou non, ou à un interdit, qu'après avoir discuté le mobilier : mais suivant l'article 2207, l'exception se borne au cas où le mineur ou l'interdit possède *seul* l'immeuble, et est unique débiteur ; car s'il le possédait par indivis avec un majeur, et si la dette lui était commune avec ce dernier, comme aussi si les poursuites avaient été commencées contre un majeur ou avant l'interdiction, il retomberait sous l'empire de la règle générale. La seconde exception à notre règle, beaucoup moins impérative que la précédente, est laissée par l'art. 2212 à l'arbitraire du juge. Elle consiste en ce que, si le débiteur justifie par baux authentiques que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le payement de la dette, en capital, intérêt et frais, et s'il en offre la délégation au créancier, le juge peut suspendre les poursuites que ce dernier aurait dirigées sur les immeubles, sauf à être reprises, s'il survenait quelque opposition ou obstacle au payement."

(1) Add. *Le gage peut-il être saisi entre les mains du créancier nanti, par les autres créanciers du débiteur ?*—La négative résulte implicitement de la décision que voici : La saisie faite entre les mains du créancier. des objets par lui reçus en gage, doit être déclarée nulle, si, d'une part, il n'est pas établi que le gage soit d'une valeur supérieure à la créance qu'il est destiné à garantir, et si, d'autre part, les créanciers saisissants n'ont point fait offre au créancier nanti de le désintéresser (code civil, art. 2073, 2079 et 2092 ; code de procédure, art. 551). 31 juillet 1832. Req. Montpellier, Cardonnel (Dalloz, XXXII, 1, 321).

Cette décision se fonde : 1° sur ce que, permettre la saisie du gage, ce serait porter atteinte au droit de rétention du gagiste et à la faculté qu'il a, s'il n'est pas payé, de faire ordonner que le gage lui demeurera en payement (art. 2078) ; 2° sur ce que la saisie entraîne des frais qui pourraient lui enlever une partie de sa créance (art. 662 du code de procédure), et qu'en tous cas, le saisissant devrait au préalable le désintéresser. A cela on peut répondre : 1° Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2093), et, puisque le créancier nanti n'a privilége que sur le prix du gage, et qu'il a dû s'attendre à sa vente, en cas de non-payement, le droit de la provoquer appartient aussi aux créancier non nantis ; 2° le privilége du propriétaire pour ses loyers est assimilé à celui du gagiste, or les meubles affectés au premier peuvent être vendus sur la provocation des autres créanciers ; il en doit être de

[ARTICLE 1981.]

1981. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et, dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence.

1981. The property of a debtor is the common pledge of his creditors, and where they claim together they share its price rateably, unless they are amongst them legal causes of preference.

---

* *C. N.* 2093. } Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

---

* *ff. De reb. auct. jud., Liv.* 42, *tit.* 1, *LL.* 8, 15. } *L.* 8. In venditionem bonorum etiam ususfructus veniat : quia appellatione domini fructuarius quoque continetur. (ULPIANUS).

L. 15. Cum plures creditores in possessionem rerum debito-

même à l'égard de la chose engagée, d'autant plus qu'à l'exception des frais de saisie, le créancier nanti primera toutes les autres créances ; 3° les articles 2078 et autres ne s'appliquent qu'aux cas ordinaires entre le gagiste et le débiteur, et non à l'égard du droit personnel des créanciers de ce dernier ; 4° ce droit des créanciers est virtuellement consacré par les articles 536 et 537 du code de commerce ; le dernier porte : " Si les syndics ne retirent pas le gage, qu'il soit vendu par les créanciers..." Cette dernière expression employée au pluriel, indique bien que la loi a entendu accorder le droit de provoquer la vente à tous les créanciers indistinctement, 5° enfin, forcer les créanciers à payer d'avance le gagiste, ce serait mettre le pauvre dans l'impossibilité d'exercer un droit que le riche pourrait toujours invoquer (Dalloz, *eod.*).

Aussi est-ce dans ce dernier sens qu'un second arrêt, émané de la même chambre, a jugé qu'une contribution peut légalement être ouverte sur des objets donnés en gage, et le créancier qui les avait reçus n'a que le droit de faire valoir son privilége et dans le délai prescrit, sous peine de... (code civil, art. 2082 ; code de procédure, art. 660 et 756), 3 juillet 1834. Req. Paris, Lesage (Dalloz, XXXIV, 1, 371 ; Dalloz, *Dict gén.*).

ris mittantur, nec corrumpantur rationes, uni hoc negotium à creditoribus esse dandum, quem major pars creditorum elegerit. Ego puto creditoribus instrumentorum etiam ANANGAPHÈN, id est, *descriptionem*, facere, non ut describant ipsa corpora instrumentorum, sed quot sint, de qua re sint, subnotent sibi, et quasi inventarium faciant : quod etiam universorum facere eis erit permittendum. Præthereà nonnunquam prætor causa cognita, etiam describere aliquid ex instrumentis creditoribus debebit permittere, si qua idonea causa interveniat. (ULPIANUS).

Ibidem. } *L.* 8. Dans la vente des biens d'un débi-
Trad. de M. Hulot. } teur, on comprend l'usufruit dont il jouit; parce que l'usufruit est regardé comme une partie du domaine. (ULPIEN).

L. 15. Lorsque plusieurs créanciers sont envoyés en possession des biens d'un débiteur, on doit charger un d'entre eux, qui sera choisi par la plus grande partie, du soin de ses registres, afin qu'ils ne soient point altérés. Je crois même que les créanciers doivent tenir une note des papiers qui se trouvent chez le débiteur, non qu'ils doivent les copier en entier, mais en faire une espèce d'inventaire, pour en fixer le nombre et les objets : ce qui leur sera permis de faire par rapport à tous les autres effets. D'ailleurs le préteur peut permettre aux créanciers, en connoissance de cause, de tirer en certains cas des extraits des pièces, s'ils ont quelque juste raison de le demander. (ULPIEN).

---

* *Inst. Liv.* 4, *Tit.* 6, } Item Serviana et quasi-Serviana (quæ
no 7. } etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt (*vid.* PAUL. *L.* 17, § 2, ff. *de pact.*). Servianâ autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur (*vid.* NERAT. *L.* 4 ; MARCIAN. *L.* 2, ff. *in quib. caus. pign.*). Quasi-Serviana autem est, quâ creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam (quantùm ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest ; nam de

quâ re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hâc appellatione continetur (*vid.* ULP. *L.* 1, ff. *de pigner. act.* MARCIAN. *L.* 5, § 1, ff. *de pign. et hyp.*) Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit (*vid.* CAIUM ; *L.* 238, § 1, ff. *de verb. signif.*). At eam quæ sine traditione, nudâ conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus. (*vid.* ULP. *L.* 9, § 2, ff. *de pigner. act.*).

Ibidem, *Trad. par A. M. Du Caurroy de la Croix.* } Pareillement, l'action Servienne et l'action quasi-Servienne (que l'on nomme encore hypothécaire) tirent aussi leur existence de la jurisdiction du préteur. Nous exerçons l'action Servienne sur les choses du fermier qui nous sont affectées comme gage des fermages du fonds. L'action quasi-Servienne est celle par laquelle les créanciers poursuivent leurs gages et hypothèques. Entre le gage et l'hypothèque, il n'y a (quant à l'action hypothécaire), aucune différence ; car il suffit qu'un créancier et un débiteur soient convenus d'affecter une chose à la dette, pour appliquer l'une et l'autre expression. Mais il y a différence à d'autres égards. Ainsi, le gage se dit, à proprement parler, d'une chose qui serait immédiatement livrée au créancier, surtout lorsque c'est un meuble. Mais lorsqu'on affecte une chose sans tradition, par simple convention, alors il y a hypothèque proprement dite.

---

* *Cod. De bonis auct. jud.*, *Liv.* 7, *Tit.* 72, *L.* 6. } Pro dēbito creditores addici sibi bona sui debitoris non jure postulant. Unde si quidem debitoris tui cæteri creditores pignori res acceperunt : potiores eos quàm te chirographarium creditorem haberi non ambigitur. Quod si specialiter vel generaliter nemini probentur obligatæ, ac sine successore communis debitor, vel ejus heres decessit : non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum, itemque venditione

æquali portione pro rata debiti quantitate, omnibus creditoribus consuli potest. (IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS).

Ibidem. }
Trad. de M. P. A. Tissot. } Les créanciers ne peuvent légalement demander que les biens de leur débiteur leur soient adjugés en paiement de la dette. C'est pourquoi si les autres créanciers de votre débiteur se sont fait donner des gages, il est certain que leur cause est préférable à la vôtre qui n'êtes que créancier chirographaire. Mais s'il est prouvé que les biens de votre débiteur n'aient été engagés à aucun des créanciers ni spécialement ni généralement, et qu'il soit lui-même ou son héritier décédé sans héritiers, tous les créanciers doivent recevoir le paiement de leurs créances, par portions égales, au prorata du montant de chacune, non en revendiquant la propriété des biens, mais en demandant la possession et la vente, dont le prix doit être réparti proportionnellement comme il vient d'être dit. (EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

---

* *Pothier (Bugnet), Proc.* }
civ., p. 230 *et* 234. } L'ordre est le jugement qui règle le rang dans lequel les créanciers, tant le saisissant que les opposants, doivent être payés de leurs créances, tant sur le prix de l'adjudication, que sur le revenu des biens saisis, qui peuvent rester entre les mains du Commissaire aux saisies-réelles, dont, pour cet effet, il doit rendre compte.

Entre privilèges, on n'a aucun égard à la date de la créance privilégiée, *estimatur non ex tempore, sed ex causâ.*

Après les privilèges, on colloque les simples créanciers hypothécaires, chacun selon l'ordre de la date de son hypothèque ; et, s'il restoit encore quelque chose, après tous les créanciers privilégiés et hypothécaires payés, il se distribue au marc la livre, entre tous les chirographaires.

---

* 2 *Couchot, Praticien,* }
p. 19-21. } Selon la regle *prior tempore potior jure*, le premier Creancier qui fait saisir les meubles est préfere ; mais dans nôtre usage, ce n'est

que quand il y a dans les autres biens aparens mobiliers ou immobiliers de quoi païer les autres Creanciers oposans.

Le premier Saisissant est celui qui a la poursuite: s'il y a d'autres saisies posterieures, elles sont converties en oppositions. Toute oposition équipole pourtant à une saisie ; c'est pourquoi dés que le Saisissant abandonne ou neglige la poursuite, le plus diligent des oposans obtient la subrogation.

La contestation qui naît entre le premier Saisissant et les autres Creanciers, est ce qui forme l'instance de préference ; et pour la former il faut au moins, suivant les Reglemens trois Creanciers oposans.

Lorsque l'insolvabilité de la Partie saisie n'est pas notoire ; on ordonne en attendant la discussion des autres biens aparens, que le premier Saisissant touchera en donnant bonne caution ; et si la caution n'est pas jugée suffisante, les deniers restent aux Consignations jusqu'au Jugement definitif.

La discussion faite, on juge l'instance de préference ; et en cas qu'il y ait dans les autres biens de quoi païer les Creanciers oposans à la saisie et execution, le Juge ordonne que le premier Saisissant touchera par préference les deniers consignez. Le Receveur retient son droit de consignation, ensuite vont les frais de la poursuite, et le surplus est pour le Creancier, en deduction ou jusqu'à la concurrence de son dû.

Contribution. — Si dans les biens discutez il n'y a pas de quoi païer tous les Creanciers aparens, l'instance de préference devient une instance de contribution au sol la livre ou au marc la livre : c'est la même chose. En ce cas de déconfiture, la condition du premier Saisissant devient égale à celle des Oposans. Cette contribution est aisée à entendre ; on liquide premierement les creances, chaque Creancier produit ses titres, le Poursuivant contredit, et le Juge colloque ceux dont les creances sont bonnes et exigibles, et deboute ceux dont les creances ne sont pas bien établies.

Les dettes privilegiées sont d'abord païées, et ensuite chaque Creancier reçoit sur ce qui reste à proportion de la somme qui lui est duë. Par exemple, si la somme à contri-

buer est de 1800 liv. et qu'il y ait quatre Creanciers, l'un de 2000 liv. l'autre de 500 liv. l'autre de 200 liv. l'autre de 300 liv. le tout composant 3000 liv. le Creancier de 2000 livres recevra 1200 liv. celui de 500 liv. aura 300 liv. celui de 300 liv. touchera 180 liv. et il restera 120 liv. pour celui de 200.

Chaque livre de la somme totale se reduit en sols : on voit, par exemple, que le Creancier de 2000 livres n'a pour chaque livre que treize slos quatre deniers ; les autres perdent à proportion.

---

* 10 *Pont, sur art.* 2093-94 *C. N.* } I.—17. Après avoir consacré l'ancien adage *qui s'oblige oblige le sien,* la loi nous dit ici, comme complément du principe, que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Ainsi, c'est au profit de la masse des créanciers indistinctement que ce droit de gage général pèse sur les biens du débiteur. Et cela devait être en principe. Ici dans l'hypothèse de la loi, c'est la personne du débiteur qui est obligée ; ses biens ne sont obligés qu'accessoirement à la personne. Aucun des créanciers ne saurait dès lors prétendre un droit privatif sur les biens, ou même un droit de préférence, quelle que soit la date de son titre. Comme chacun d'eux, le dernier comme le premier, n'a de droit qu'à raison de la personne, il est clair que l'un ne sera pas de meilleure condition que l'autre, la personne ne pouvant répondre que de la même manière pour tous : aussi l'art. 2093, sans tenir compte de la date des créances, nous dit-il que le prix des biens se distribue par contribution entre les créanciers (1).— Ainsi, le débiteur a-t-il plus de dettes

(1) Et la Cour de cassation, faisant une application de la règle, est allée jusqu'à décider que les créanciers de la communauté n'ont sur les biens qui la composent aucun droit de préférence à l'égard des créanciers personnels des époux, même des créanciers postérieurs à la dissolution de la communauté ; et que, dès lors, ces créanciers personnels viennent, à quelque époque que leur créance ait pris naissance, en concours avec les créanciers de la communauté, sauf l'exercice des actions hypothécaires qui peuvent appartenir aux uns et aux autres (Rej. 18avr. 1860 :S.-

que de biens, il y a là une insolvabilité dont les effets se régleront entre les créanciers proportionnellement à l'importance de leurs droits respectifs, et ne pèseront pas exclusivement sur les derniers en date. Soit la somme de 60.000 francs produite par la saisie et la vente des biens de *Primus* qui en devait 90.000, savoir : 30.000 à *Secundus* depuis le 1er janvier 1853, 30.000 à *Tertius* depuis le mois de mai suivant, et 30.000 à *Quartus* depuis le 1er janvier 1854. La différence de 30.000 francs existante entre la somme due et la somme produite par la vente ne pèsera pas exclusivement sur le dernier créancier, sur *Quartus*, qui ainsi ne recevrait rien; elle se répartira entre les trois créanciers, qui, venant au marc la livre, recevront chacun les deux tiers de leur créance, soit chacun 20.000 francs.—C'est là le droit commun.

II.—18. Quelques auteurs y font exception dans certain, cas et enseignent qu'il est telles circonstances où il y a nécessairement inégalité de gage entre les créanciers, et où il doit arriver par conséquent que l'un sera intégralement payé, tandis que les autres n'auront qu'un dividende ou même n'auront rien. L'une de ces situations, d'après ces auteurs, serait celle qui a été examinée par Marcadé à l'occasion de l'*action paulienne*, dont le principe est consacré par l'art. 1167.

Ainsi, dit-on, si des créanciers, usant du bénéfice de cet article, obtiennent la rescision d'une aliénation que le débiteur avait faite en fraude de leurs droits, il est de toute justice que cette rescision ne profite qu'à ces créanciers mêmes qui avaient un droit de gage sur les biens dont le débiteur a frauduleusement disposé, et que les créanciers dont le titre est postérieur à l'acte frauduleux ne puissent retirer aucun avantage de la rescision, puisque le bien dont s'agit, sorti du

V., 60, 1, 305; Dall., 60, 1, 185; *J. Pal.*, 1860, p. 785). Toutefois, l'application est exagérée ; c'est ce que avons essayé d'établir, à l'occasion de l'art. 1476 du Code Napoléon, auquel la question se rattache plus particulièrement, dans la deuxième édition du *Contrat de mariage* que nous avons publié avec M. Rodière. *Voy.* d'ailleurs, au *Journal du Palais* (*loc. cit.*), la dissertation de ce dernier auteur.

patrimoine de leur débiteur quand ils sont devenus créanciers, n'a jamais été compris dans leur gage. Cette doctrine, déjà contredite par Marcadé, a été reprise récemment et déduite par M. Mourlon avec force, et aussi avec l'entraînement et la verve propres à une œuvre critique. Mais, le dirons-nous ? la discussion de l'auteur nous a paru cette fois pécher par la base. Certes, s'il s'agissait de savoir si l'action paulienne n'ont pas qualité pour exercer l'*action paulienne*. Mais la est ouverte à des créanciers qui ne sont devenus tels que postérieurement à l'acte argué de fraude, le doute ne serait pas permis ; et, en effet aucun doute n'existe ni en doctrine ni en jurisprudence. Comme ceux dont le titre est post érieur à la date de l'acte accompli par le débiteur n'étaient pas créanciers au moment où cet acte s'est accompli, il est de toute évidence qu'il n'a pas été fait en fraude de leurs droits ; en sorte qu'il n'est pas dans les conditions voulues par l'art. 1167 pour donner ouverture à l'*action paulienne* : aussi admet-on sans difficulté que les créanciers postérieurs question est de savoir si l'*action paulienne* une fois exercée par ceux qui avaient qualité pour l'introduire, tous les créanciers, sans distinction d'antériorité, peuvent profiter de la rescision que cette action a procurée. Or, la question est toute différente ; et nous avons pour la résoudre le texte positif de l'art. 2092, qui fait peser le droit de gage de la manière la plus générale sur tous les biens du débiteur, sur les biens *mobiliers et immobiliers présents et à venir*. N'est-il pas vrai que l'action paulienne a eu pour résultat de replacer dans le patrimoine du débiteur le bien qui en était momentanément sorti ? Ce bien fait donc désormais partie du patrimoine du débiteur ; on peut dire même que, par l'effet de l'action paulienne, il est censé n'avoir cessé jamais d'en faire partie. Cela étant, ce bien est, avec tous les autres du débiteur, *le gage commun* de tous les créanciers, sans aucune préférence possible. Ainsi le veut notre article combiné avec l'article précédent ; et il faudrait un texte bien positif pour détruire l'induction qui se tire de ceux-ci.

A la vérité, M. Mourlon invoque un texte; il en invoque même deux au lieu d'un. Il a d'abord l'art. 1167 lui-même, d'après lequel les créanciers (antérieurs à l'acte, puisque, de l'aveu de tout le monde, ceux-là seuls ont qualité pour agir,) exercent l'action " en leur nom personnel." Or, dit-il, exercer une action *en son nom personnel*, c'est agir pour soi-même et dans son intérêt, uniquement pour soi-même, sans représenter personne que soi-même. Il a ensuite l'art. 788, qui, en autorisant les créanciers d'un héritier à attaquer la renonciation faite par celui-ci au préjudice de leurs droits, à faire rescinder la renonciation et à accepter la succession du chef de leur débiteur, dit positivement, non pas que la révocatson de la renonciation produira un effet absolu, *erga omnes*, mais, au contraire, que la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers jusqu'à concurrence de leurs créances, et ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé.

Mais M. Mourlon n'y prend pas garde ; il tire d'expressions qui ont une valeur tout à fait relative des conséquences générales auxquelles le législateur n'a pas songé et ne devait pas songer. Dans l'art. 788 comme dans l'art. 1167, ce qui est dans sa pensée, c'est la volonté, non pas de favoriser tels créanciers plutôt que tels autres, mais de protéger ceux quels qu'ils soient, qui ont droit à sa protection contre un acte consenti à leur préjudice, par leur débiteur, dans des conditions telles que le débiteur lui-même ne serait pas recevable, en général, à attaquer cet acte : et, à ce point de vue, l'expression de la loi est précisément ce qu'elle devait être. Ainsi, l'héritier qui a renoncé a répudié la qualité d'héritier ; cette qualité est donc perdue pour lui, dans le cas du moins où la succession a été acceptée par d'autres héritiers. Mais si la renonciation est faite au préjudice des créanciers du renonçant, la loi leur vient en aide en leur permettant de l'attaquer. Arrive-t-il maintenant que la renonciation soit annulée, elle tombe pour les créanciers, mais seulement pour eux, et conséquemment jusqu'à concurrence de leurs créances ; en sorte que si, les créances payées, il y a un reliquat dans la part qui

serait revenue au renonçant, ce reliquat va, non pas à ce renonçant, car la renonciation subsiste à son égard, mais aux héritiers qui ont accepté et auxquels accroît la part du renonçant. L'art. 788 dit cela, et il ne dit rien de plus que cela. Quant à l'article 1167, les expressions en sont si rationnelles et elles s'expliquent si bien dans le sens restrictif ci-dessus indiqué, que nous ne voyons pas, nous l'avouons, comment M. Mourlon a pu s'y méprendre. Cet article dit que l'action paulienne est exercée par les créanciers *en leur nom personnel.* Et vraiment, pouvait-il dire autrement ? Il s'agit, pour les créanciers, de demander la révocation d'un acte consenti librement par leur débiteur. Celui-ci ne pourrait pas lui-même demander cette révocation. Comment donc serait-elle demandée en son nom ? La loi dit en conséquence aux créanciers autorisés à agir qu'ils agiront de leur chef et en *leur propre nom.* Mais ni cet art. 1167, ni l'art. 788, n'ont pour objet de dire ce que sera, par rapport aux créanciers dans leurs rapports entre eux, l'effet de la rescision ou de l'annulation obtenue par l'un ou plusieurs d'entre eux, ni si ceux-ci viendront, à l'exclusion de ceux-là, au partage du prix des biens que la rescision ou l'annulation aura procurés : et par conséquent on ne saurait, sans en étendre la portée et en changer la signification positive, y trouver une modification ou une restriction au principe des art. 2092 et 2093, d'après lesquels tous les biens, *mobiliers et immobiliers, présents et à venir*, qui entrent dans le patrimoine d'un débiteur, sont le gage commun de ses créanciers, quelle que soit la date de leur titre.

En fait, dans notre cas particulier, l'action en rescision intentée par les créanciers qui avaient droit d'agir a replacé dans le patrimoine du débiteur un bien qui en était momentanément sorti; en droit, ce bien est, pour les créanciers qui n'auraient pas pu agir parce que leur titre est postérieur à l'aliénation, un de ces biens à venir sur lesquels, d'après les termes mêmes de la loi, s'étend le gage des créanciers à mesure qu'ils entrent dans le patrimoine du débiteur et de quel-

que manière qu'ils y entrent. Nous supprimons donc, au point de vue qui vient d'être traité, toute distinctton entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs.

19. Et à plus forte raison cette distinction devra-t-elle être supprimée dans le cas où l'aliénation aurait été faite par le débiteur en fraude, non-seulement de ses créanciers actuels, mais encore de ceux avec lesquels il se proposait de traiter plus tard. Et la distinction s'effacerait plus complètement encore ; car, comme la fraude ici serait ourdi contre les créanciers postérieurs aussi bien que contre les créanciers antérieurs, les premiers se trouveraient comme les seconds dans le cas de l'art. 1167 ; en sorte que non-seulement ils profiteraient, comme les créanciers dont nous parlons au numéro précédent, de la rescision prononcée, mais encore qu'ils auraient, de plus que ces créanciers, droit et qualité pour former eux-mêmes l'action en rescision.

III.—20.Après avoir posé la régle que nous venons d'expliquer, l'art. 2093 ajoute que l'égalité est rompue entre les créanciers, quand il existe entre eux des causes légitimes de préférence ; puis l'art. 2094 dit que les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques. Et, en effet, les privilèges et les hypothèques, comme on le verra dans le commentaire des articles qui vont suivre, assurent, sous un rapport au moins, et plus souvent sous deux rapports, un avantage au créancier qui en est pourvu. D'une part, le privilège, quand il porte sur les meubles, donne au créancier le droit d'être payé par préférence, ce qui le fait sortir du droit commun, d'après lequel, on l'a vu, les créanciers viennent au payement par contribution et au marc la livre entre eux ; quelquefois aussi, mais exceptionnellement cependant, le privilège sur les meubles donne au créancier le droit de revendiquer entre les mains des tiers, même de bonne foi, les objets qui en sont grevés. D'une autre part, les hypothèques et les privilèges immobiliers donnent au créancier non-seulement un droit de préférence, mais encore un droit de suite : un droit de préférence en vertu duquel le créan-

cier privilégié ou hypothécaire obtient avant tous autres son payement sur le prix de l'immeuble affecté du privilège ou de l'hypothèque ; un droit de suite en vertu duquel la charge reste sur l'immeuble et le suit en quelques mains qu'il passe par suite de l'aliénation qu'en pourrait faire le débiteur.

Mais si notre article nous dit que les privilèges et les hypothèques sont des causes légitimes de préférence, il ne nous dit pas, et il ne faudrait pas dire que ce soient là les seules causes légitimes de préférence.

IV.—21. Il y faut ajouter d'abord le nantissement. Mais ici il y a à distinguer entre le nantissement des choses mobilières ou le *gage*, et le nantissement des choses immobilières ou l'*antichrèse*. Dans le gage, qui confère un droit sur la chose même (C. Nap, 2073), le droit du créancier gagiste est un privilège ; la loi le qualifie ainsi expressément (art. 2073 et suiv.), et elle le classe même au rang des privilèges sur certains meubles (art. 2102, n. 2) : le gage est donc virtuellement compris dans l'énumération de notre article. L'antichrèse, au contraire, qui n'est ni un privilège ni une hypothèque, et dont la loi parle même par opposition aux privilèges et hypothèques (art. 2091), n'est pas comprise dans cette énumération. Cependant l'antichrèse permet au créancier antichrésiste de se payer, au moyen des fruits de l'immeuble, par préférence à tous autres créanciers, et de retenir l'immeuble jusqu'à parfait payement, sans avoir à tenir compte des aliénations que son débiteur en aurait pu faire même de bonne foi. A ce titre, l'antichrèse doit être ajoutée aux causes légitimes de préférence indiquées par notre article. Et toutefois cela a été gravement contesté. M. Troplong, notamment, a soutenu, avec l'éclat qu'il met habituellement au développement de ses théories favorites, le caractère purement personnel du droit résultant de l'antichrèse. A ses yeux, la défense que la loi fait au débiteur de retirer l'immeuble des mains de l'antichrésiste jusqu'à l'entier acquittement de la dette créerait une obligation personnelle qui n'engagerait que le débiteur, et le droit corrélatif du créancier

de retenir l'immeuble ne serait conséquemment qu'une exception personnelle, opposable seulement au débiteur qui a été partie au contrat, et nullement aux tiers de bonne foi, pas même à ceux qui ont traité avec le débiteur postérieurement à la constitution d'antichrèse. Mais cette doctrine n'a pas prévalu, et il est clair qu'elle ne devait pas prévaloir.

Sans nous arrêter ici aux détails qui appartiennent plus particulièrement au commentaire *Du Nantissement* et y trouvent plus convenablement leur place, nous pouvons dire que le nantissement, soit le gage, soit l'antichrèse, contrat par lequel, d'après une définition commune à l'un et à l'autre, le débiteur remet une chose à son créancier *pour sûreté de la dette* (art. 2071), ne serait rien, et en particulier n'aurait pas le caractère de sûreté qui lui est assigné par la loi elle-même, s'il n'était pas opposable aux tiers, au moins à ceux qui ont traité avec le débiteur après la formation du contrat, puisque celui-ci pourrait dès le lendemain faire disparaître la sûreté, en vendant ou en hypothéquant la chose donnée en nantissement. Aussi, nonseulement rien dans la loi ne justifie la théorie que nous indiquions tout à l'heure, mais encore bien des textes la contredisaient formellement avant que la loi nouvelle sur la transcription l'eût définitivement condamnée.

D'une part, en effet, l'art. 2091, dans lequel en particulier cette théorie cherche sa justification, ne saurait cependant la fournir ; car cet article, en disant que l'antichrèse ne préjudicie point aux droits que les tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble, n'entend parler évidemment, comme cela résulte des articles qui le précèdent, que des droits acquis antérieurement à la constitution de l'antichrèse ; et si cet article ajoute que, dans le cas où le créancier antichrésiste aurait sur le fonds des privilèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exercera à son ordre comme tout autre créancier, il dit une chose fort raisonnable eu égard aux deux droits distincts, et différant essentiellement par leurs effets et leur objet, dont il suppose la coexistence

entre les mains du même créancier, l'un de ces deux droits ne pouvant exclure l'autre ni le remplacer.

D'une autre part, notre doctrine, que l'art. 2091 ne détruit pas, s'affirme très-positivement, au contraire, d'abord, comme on l'a vu, par l'art. 2071, et, en outre, par l'art. 2072, qui, en plaçant le *gage* et l'*antichrèse* sous la dénomination commune de *nantissement*, rend commun aussi à l'antichrèse l'effet qui appartient incontestablement au gage, et qui est précisément d'affecter la *chose même* à la sûreté du créancier ; ensuite, par l'art. 446 du Code de commerce : cet article déclare nuls et sans effet " toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et *tous droits d'antichrèse ou de nantissement* constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées," lorsquè de tels actes auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque ; et par là il suppose nécessairement que l'antichrèse constitue un droit réel affectant la chose même, et qu'à ce titre elle est opposable aux tiers, puisque sans cela il n'y aurait pas lieu d'en prononcer la nullité dans l'intérêt de la masse.

Tout ceci était déjà bien décisif, ce nous semble ; et en effet, la réalité de l'antichrèse, admise par la généralité des auteurs, avait été consacrée formellement par la Cour de cassation. Mais aujourd'hui ce point semble ne pouvoir même plus être mis en question, car la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire classe l'acte constitutif d'antichrèse parmi les actes susceptibles d'être transcrits (art. 2, n. 1). Or, si de telles conventions doivent être rendues publiques par la transcription, c'est évidemment que, loin de se restreindre entre le débiteur et le créancier, elles sont opposables aux tiers. La question est législativement résolue.

V.—22. De l'antichrèse au droit de rétention, la transition est toute naturelle ; elle n'est que le passage du particulier au général ; car l'antichrèse n'est qu'un cas particulier du

droit de rétention. Nous généraliserons donc la proposition qui précède, et nous dirons qu'il faut ajouter aux sûretés, aux causes légitimes de préférence énumérées par l'art. 2094, le droit de rétention accordé par la loi aux créanciers dans certains cas qu'elle détermine (art. 570, 865, 1612, 1673, 1749, 1948, 2082, 2087, 2280). Par là le possesseur et même le simple détenteur d'une chose, actionné en revendication ou en restitution, est autorisé à retenir cette chose jusqu'au remboursement des dépenses qu'il a faites dans l'intérêt de la chose ou pour une cause connexe à sa détention. La réalité de ce droit est contestée comme la réalité de l'antichrèse. Mais elle se démontre ici, comme dans le cas d'antichrèse, par l'objet même du droit, puisqu'il est évident que si le droit était purement personnel et n'existait que du débiteur au créancier, il serait, au gré du premier, sans efficacité aucune pour le second. Nous insistons là-dessus, ainsi que sur la nature, l'objet et les effets de ce droit, dans le commentaire *Du Nantissement.*

---

* *Troplong, Priv. et Hyp. sur art.* 2093 *C. N.* } 4. La règle que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers est le corollaire du principe posé dans l'article précédent : *Qui s'oblige oblige le sien.*

Mais ce gage donné aux créanciers a des caractères qu'il est important de saisir. Il est bien loin d'être de la même nature que celui qui s'opère par la tradition, et que le débiteur remet entre les mains du créancier pour sûreté de sa créance. Il offre bien moins de solidité et de sûreté.

Le gage, constitué par la voie du nantissement ou de l'antichrèse, entraîne avec lui le dessaisissement de la chose par le débiteur et la mise en possession du créancier. Par ce moyen, les droits de ce dernier acquièrent une garantie qui les met à l'abri des subterfuges de la mauvaise foi ; car, à défaut de l'engagement principal, le créancier a dans ses mains un dépôt assuré sur lequel il peut se faire payer par les voies légales. Ce créancier a pressenti que la personne

du débiteur ne lui offrait pas une caution suffisante de solvabilité, aussi ne s'est-il pas contenté d'un recours direct contre lui ; il a voulu s'assurer un droit dans la chose ellemême. Ainsi il a deux actions bien distinctes, l'une *personnelle* pour forcer le débiteur à payer, l'autre *réelle* pour recourir sur la chose, indépendamment de la personne (1).

Au contraire, celui qui stipule un engagement purement personnel, et qui ne se réserve aucun droit exprès sur la chose, ne peut actionner que la personne du débiteur. A la vérité, si ce débiteur manque à ses engagements, le créancier pourra exercer une action sur les biens mobiliers et immobiliers, par suite du principe : *Qui s'oblige oblige le sien.* Mais il y aura une différence très-remarquable entre son droit et celui du créancier gagiste. Il n'aura d'action sur les biens qu'à raison de la personne, et parce que ces mêmes biens sont un accessoire attaché à la personne obligée. Mais si le débiteur aliène, le lien qui unissait la propriété à la personne étant rompu, et la chose étant entrée dans le domaine d'un autre propriétaire, le créancier sera sans droits pour l'y poursuivre. D'où il suit que, si le créancier personnel a dans les biens de son débiteur un gage légal, ce gage ne subsiste qu'autant que le débiteur reste propriétaire des biens (2). Il dépend de ce dernier de le diminuer par des aliénations. Au contraire, le créancier qui s'est fait investir d'un droit réel est à l'abri de ces caprices. La chose lui est obligée non pas à cause de la personne du débiteur, non pas comme un accessoire, mais en vertu d'un droit qui la saisit principalement. Peu lui importent les mutations des propriétaires. Son droit réel est ineffaçable. La chose lui

(1) Le caractère des droits *réels et personnels* a été expliqué avec beaucoup de clarté et de sagacité par le duc de Broglie l'un des esprits les plus élevés et les plus positifs de notre époque, et l'une des lumières de la chambre des pairs. Voy. *Revue française,* t. IX, p. 226 et suiv., et *Revue des revues de droit,* tome V, page 39.

(2) Add. Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, n. 3.

répond directement sans qu'il s'inquiète de poursuivre la personne (1).

5. Les créanciers vigilants ont donc facilement senti que leurs intérêts seraient à tout moment compromis, si, mettant toute leur confiance dans ce gage incertain que leur offre la possession par leur débiteur de biens sujets à aliénation, ils ne prenaient les moyens de se constituer sur ces mêmes biens des droits inhérents à la chose et indépendants des vicissitudes et des mutations des personnes. On ne s'est donc pas contenté d'obligations pures personnelles ; car elles ne sont pas toujours solides ; et on a trouvé plus de sûreté dans les obligations réelles : " cherchant, dit Basnage, à " s'assurer à la fois sur la personne et sur les choses (2)."

6. Le contrat de gage par nantissement ou antichrèse dut se présenter naturellement un des premiers (3), comme un

(1) Add. Zachariæ, § 256, dit, dans le même sens : " Le gage, dans l'acception la plus étendue de ce terme, est un droit en vertu duquel une personne peut poursuivre sur les biens d'autrui le payement de ce qui lui est dû. C'est dans ce sens que la loi attribue à tout créancier sans distinction un gage sur les biens de son débiteur.

" Dans l'acception restreinte et propre du mot, le gage implique, outre le droit de se faire payer sur les biens d'autrui,l'idée de sûretés spéciales attribuées à un ou plusieurs créanciers d'un débiteur commun, à l'exclusion des autres.

" Les différentes espèces de gage proprement dit, sont : le gage (*sensu strictissimo*, art, 2073 et suiv.) ; l'antichrèse (art. 2085 et suivants) ; et en général, tout droit de rétention (code de procédure, § 184) ; enfin les priviléges et les hypothèques.

" Parmi ces droits de gage, les uns sont personnels et n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur ou de ses autres créanciers. Tels sont le gage (*sensu strictissimo*), l'antichrèse et, du moins en thèse générale, les priviléges sur les meubles. Les autres sont réels, et produisent effet, même à l'égard des tiers détenteurs des objets qui en sont affectés. Tels sont les priviléges sur les immeubles et les hypothèques."

(2) *Hyp* , chap, I, p. 1.

(3) De Broglie, p. 233.

de ceux qui offraient le plus de sûreté, puisque le créancier *appréhendait* (1) la chose pour sa garantie.

7. Mais cette manière de contracter fut trouvée incommode, surtout à l'égard des immeubles. Il était fâcheux en effet pour le débiteur de se dessaisir de la possession de son fonds. D'ailleurs, si ses besoins le mettaient à même de contracter beaucoup de prêts, ses héritages étaient soumis à des transmissions successives, nuisibles à l'agriculture. Les biens, n'étant que temporairement entre les mains de créanciers qui ne pouvaient s'y affectionner, ne recevaient aucune amélioration (2).

L'on en vint donc par la suite à établir qu'une simple convention suffirait pour que le débiteur engageât son fonds, sans en abandonner la possession, à condition toutefois de devoir en être dessaisi en cas de non-payement au temps fixé par le contrat. Ce fut un établissement que le droit *prétorien* (3), si fécond en équitables innovations, emprunta à la civilisation grecque, comme le justifie Loyseau (4). Aussi le terme dont on se sert pour exprimer cette convention est-il purement grec : UPOTHÈKÈ (5).

(1) L. 238, § 2, D. *de verbor. signif.*

(2) Loyseau, *Déguerp.*, liv, III, chap. I, n. 4 ; Basnage, *Hyp.*, chap. I.

(3) *Inst de act.*, § 7 ; l. 17, § 2, D. *de pactis.*

(4) *Déguerp.*, liv. III, chap. I, n. 4 et 21.

Add. Op. conf. de Duranton, n. 10. Cotelle, n. 3, dit ici ; " On a admis pour cela la fiction d'une remise du gage au créancier, et d'une retradition de celui-ci au débiteur, pour le tenir de lui à titre précaire, et le garder ainsi jusqu'à l'entière solution des causes de l'engagement ; et, même en cas de l'aliénation, qui n'est point empêchée pour que l'immeuble fût également poursuivi dans les mains de l'acheteur, ou autre successeur; cela s'opère en conférant au créancier le même droit qu'au détenteur du gage dans le cas où la dette ne serait pas payée, de faire vendre les choses engagées et de se payer sur le prix."

(5) Niebuhr a fait, dans son *Histoire romaine*, la remarque suivante, qui mérite de trouver place ici. " Le droit hypothécaire sur les biens-fonds était à Athènes, plus ancien que Solon. Il existait outre l'engage-

8. Nous verrons plus tard quelles solennités ont présidé jadis et président aujourd'hui à la constitution de l'hypothèque. Mais, quelles que soient les formes qui l'accompagnent, il n'en est pas moins vrai qu'elle n'est qu'une imitation du nantissement ou de l'antichrèse ; qu'elle concède un droit tout aussi réel que le gage lui-même ; et qu'enfin elle n'est pour le débiteur qu'une manière plus commode d'assurer la dette de son créancier.

9. Ceci posé, on se rappellera comment j'ai montré cidessus que le créancier, qui, non content d'une obligation personnelle, avait stipulé en sa faveur un droit réel et principal dans une chose en se la faisant remettre pour sûreté de sa créance, devait être préféré sur cette chose au créancier n'ayant qu'une simple stipulation personnelle. Or il en est de même du créancier qui a exigé une hypothèque, puisque, comme le créancier saisi du gage, il a droit principal contre la personne et contre la chose. " *Res et persona debent.*"

Cette idée est fort bien exprimée par Cujas. Si l'on me demande, dit-il, pourquoi le créancier hypothécaire est préférable au créancier cédulaire, je répondrai que c'est par la raison donnée en la loi 25 au D. *de reg. juris :* " *Plus cau-*
" *tionis est in re quàm in personâ.*"

10. C'est inutilement que le créancier cédulaire dirait au créancier hypothécaire : La loi me donne pour " gage les
" biens du débiteur, et par conséquent l'immeuble que vous
" prétendez vous être affecté. Je tire de la loi le même
" droit que vous voulez tirer de la convention ; et même
" mon droit est supérieur puisqu'il émane d'une source plus
" haute et plus respectable que la volonté privée."

Le créancier hypothécaire répondrait par ces arguments victorieux : " Vous avez dû savoir que la loi ne vous donnait
" pour gage que les biens que le débiteur aurait dans son

ment de la personne, qui fut ensuite aboli. A Rome, l'état des choses ne l'admettait pas dans les commencements. Il était inconciliable avec le droit de propriété des Quirites, comme avec la simple possession." (T. II, p. 385, note 506, traduction de M de Golbéry.)

" patrimoine lors de vos poursuites. Car vous, créancier " confiant, qui avez suivi la foi de votre débiteur, et qui " n'avez pris aucune précaution pour vous assurer un droit " principal et réel sur ses biens, vous n'avez pu avoir la " prétention que votre droit purement personnel l'empêcherait " d'aliéner ses immeubles et les rendrait indisponibles dans " ses mains. Il n'y aurait plus de transaction possible si " l'obligation personnelle produisait sur les biens un pareil " effet. Aussi est-il bien entendu que, quand la loi assigne " au créancier personnel les biens du débiteur pour gage de " sa créance, elle ne veut parler que des biens possédés par " le débiteur au moment des poursuites. D'où il suit que, " si votre débiteur eût aliéné ses immeubles, vous n'auriez " sur eux aucun droit de suite. Or il a aliéné en ma faveur " une portion de sa propriété, puisqu'il m'a concédé un droit " d'hypothèque. Vous ne pouvez donc vous payer sur ces " mêmes immeubles, qu'en me tenant compte de l'hypothè- " que que vous y trouvez assise. Votre débiteur a diminué " d'autant son patrimoine ; il en avait la faculté, et vous " devez vous contenter de ses biens dans l'état où vous les " trouvez."

11. La préférence dérivant de l'hypothèque se trouve donc étayée des motifs les plus péremptoires. Les lois romaines en ont fait un principe qu'elles proclament dans une foule de textes (1), et qui est avoué par la saine raison et par la critique la plus sévère. Aussi, quand M. Decourdemanche propose de proscrire l'hypothèque comme entachée de privilége odieux et d'immoralité (2), je ne puis voir dans cette boutade contre un droit qui fait la sûreté des transactions, qu'une susceptibilité *saint-simonienne* qui recrutera peu de partisans : car elle ne peut trouver place que dans un système qui a pris en aversion la propriété telle que les principes du

(1) L. 12, § 2, *qui potior.*; D. l. 6. C. *de bonis auct. jud.*; Pothier, *Pand.*, t. I, p. 571, n. 13, et t. III, p. 185, n. 28.

(2) *Globe*, 24 avril 1831 ; voyez la préface de cet ouvrage.

droit naturel l'ont faite depuis que le monde existe ; système qui se fonde avant tout sur la destruction de la liberté humaine et particulièrement de ce droit de disposer de cette liberté civile, si précieuse et si féconde, que nos pères conquirent jadis sur la féodalité, et que leurs descendants n'ont aucune envie d'aller abdiquer sur les autels de la nouvelle doctrine.

12. Mais les hypothèques ne sont pas les seules causes de préférence entre créanciers. Il y a certaines créances qui, à raison de *leur cause*, ont paru dignes d'être privilégiées (1). De là les privilèges dont je parlerai en commentant l'art. 2095. Le privilège donne au créancier un droit réel qui affecte la chose. Ce droit réel le rend préférable au créancier personnel. Les raisons sont les mêmes que celles que j'ai données pour montrer la préférence du créancier hypothécaire sur le chirographaire.

12. 2° (2).

13. Si le débiteur n'a ni créanciers hypothécaires ni créanciers privilégiés, s'il n'a que des créanciers personnels, ces derniers sont tous d'une égale condition (3). Car ne s'étant réservé aucun droit principal sur les biens, ils n'ont aucune raison pour y rien prétendre les uns au préjudice des autres.

(1) D'Argentrée, sur Bretagne, art. 194.

(2) Add. *Autre cause de préférence.*—Demante dit, n. 886 : " On conclurait à tort (de l'art, 2094) qu'il n'existe pas en droit d'autre affectation spéciale d'un bien du débiteur au payement d'une dette. Nous avons vu cette affectation résulter de l'antichrèse, qui selon nous, confère au créancier, sauf le respect des droits acquis, la faculté de retenir, envers et contre tous, l'immeuble dont il est nanti, jusqu'à parfait payement. Ce n'est pas d'ailleurs l'unique cas où la loi accorde le droit de rétention. Ce droit de rétention, moins avantageux qu'un privilége, en ce qu'il n'attribuerait aucune préférence sur le prix du bien vendu, a, d'un autre côté, sur le privilége l'avantage de mettre obstacle à la vente et par conséquent à l'exercice des droits de tous autres créanciers, jusqu'à satisfaction de celui qui en jouit, lequel, sous ce rapport est préféré même aux privilégiés."

(3) L. 6, C. *de bonis auct. jud. possid.*

Ils doivent donc venir en concurrence et prendre part par contribution (1).

14. Le créancier personnel le plus ancien ne pourrait se fonder sur l'antériorité de son contrat pour prétendre à être colloqué avant le créancier postérieur en date. Quand on stipule une obligation pure et simple, on ne cherche à engager que la loyauté de la personne. Or sur la personne, il n'y a ni privilèges, ni préférences. Elle répond pour tous de la même manière, c'est-à-dire par la bonne foi, et les droits ne peuvent être qu'égaux entre créanciers. Il suit de là que, si le débiteur ne remplit pas ses engagements, et que l'on vienne à agir sur ses biens (parce que, la personne étant obligée, les biens le sont aussi comme accessoires de la personne), tous les créanciers n'ayant de droit qu'à raison de la personne et étant tous égaux sur la personne, devront être aussi d'égale condition sur les biens qui ne leur auront pas été affectés d'une manière principale (2).

14 2o (3).

(1) Loi citée ; Favre, Code, loi 7, tit. XXXII, def. 3 ; Basnage, *Hyp.*, chap. XIII, p. 61.

(2) Add. Op. Conf. de Duranton, n. 5, où il donne cette raison : Si les premiers créanciers devaient être préférés aux autres, personne ne voudrait traiter avec celui que l'on supçonnerait déjà grevé d'obligations.

" Les premiers créanciers ne pourraient même prétendre à une préférence sur les autres, en la restreignant aux seuls biens que possédait le débiteur au temps où il s'est obligé envers eux, et en offrant de renoncer à tout concours sur ceux qu'il a acquis depuis ; ces premiers biens, comme les autres, ont été affectés du droit des derniers créanciers, comme ils l'ont été du droit des premiers; sauf les cas de fraude, qui sont toujours exceptés, et les actes qui seraient faits aux approches de la faillite du débiteur."

(3) Add. *Des créanciers chirographaires postérieurs sont parfois payés avant des créanciers antérieurs.*—Duranton dit à ce sujet, n. 5 : " Quelquefois même c'est un créancier postérieur non privilégié ni hypotécaire qui doit être payé sur certains objets, par préférence à un créancier antérieur : c'est ainsi que, d'après l'article 582 du code de procédure, les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le donateur ou

14 3o (1). 14 4o (2).

15. Après tous les détails dans lesquels je viens d'entrer, on comprendra facilement le système du code civil pour organiser le recours des créanciers contre les biens de leur débiteur.

Si tous les créanciers sont chirographaires, ils sont d'égale condition, et ils viennent à l'ordre par contribution.

Mais si le débiteur a contracté des dettes privilégiées ou

le testateur, les sommes données et léguées pour aliments, et les pensions, quoique non déclarées insaisissables, peuventêtre saisies par des créanciers postérieurs à l'acte de donation, ou à l'ouverture du legs, en vertu de permission du juge, et pour la portion qu'il déterminera ; par conséquent, un créancier antérieur à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, fût-il même privilégié, par exemple un domestique du débiteur, ne pourrait concourir, sur le produit de la saisie, avec le saisissant, celui-ci n'eût-il en sa faveur aucun des priviléges spécifiés par le code."

(1) Add. *On n'a non plus aucun égard à la priorité de saisie.*—Duranton dit n. 6 : " Ainsi encore, la priorité de saisie n'est d'aucune considération : tant que la distribution des deniers provenant d'une saisie-arrêt ou de toute autre saisie mobilière ou immobilière, n'est pas close, chaque créancier du même débiteur peut former opposition à la distribution des deniers, et venir y prendre part, au marc le franc, sauf les causes de légitime préférence, s'il y en a, c'est-à-dire les priviléges et les hypothèques."

(2) Add. *Effet de la prise d'inscription par un créancier, au nom de son débiteur, sur les biens du débiteur de celui-ci.*—Duranton, n. 7, dit à ce sujet : " Et celui qui a pris inscription au nom de son débiteur, sur les biens du débiteur de celui-ci, n'a point non plus de préférence à exercer, vis-à-vis des autres creanciers de son propre débiteur, sur le produit de la collocation hypothécaire, à moins qu'il n'ait en sa faveur un privilége général sur le mobilier de son débiteur. S'il n'en a pas, le produit de cette collocation se distribue, comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits ou opposants jusqu'à la clôture de l'ordre (art. 778, code de procéd.).

" En un mot, les seules causes de légitime préférence sont les priviléges et les hypothèques ; hors ces causes, tous les biens d'un débiteur, présents et à venir, sont le gage de tous les créanciers qu'il a au moment d'en répartir le prix, et qui se sont mis en mesure d'y prendre part. C'est là un gage tacite et général, un gage légal pour tous."

hypothécaires, comme ce sont là des causes légitimes de préférence, les créanciers privilégiés et hypothécaires seront payées avant les chirographaires. Ceux-ci n'auront de droits que sur ce qui restera après que les autres seront satisfaits (1).

15 2° (2).

15 3° (3).

15 4° (4).

16. Je n'ai pas à m'occuper dans ce commentaire de l'*ex-*

(1) Voy. le titre du Digeste *de rebus auct. jud. possid.*, et le titre du code *de bonis auct. jud. possid.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 185, n. 5.

(2) Add. *Les priviléges et hypothèques n'ont d'effet qu'entre les créanciers.*—Delvincourt, in-8°, tome VIII, p 3, dit à ce sujet : " Il suit de là que l'hypothèque et le privilége n'ont aucun effet entre le créancier et le débiteur, mais seulement relativement aux créanciers entre eux, et aux acquéreurs des biens hypothéqués. En efiet, nous verrons par la suite que le privilége et l'hypothèque n'ont que trois effets :

" Le premier, de donner au créancier qüi peut les invoquer, le droit d'être payé, de préférence aux autres créanciers ;

" Le deuxième, de déterminer l'antériorité ou la postériorité entre les créanciers ayant privilége ou hypothèque sur le même objet ;

" Et le troisième, de donner au créancier hypothécaire ou privilégié sur un immeuble, le droit de suivre l'objet, dans quelques mains qu'il passe.

" Or, il est aisé de voir qu'aucun de ces effets ne s'applique au débiteur, puisque, dans tous les cas, et à l'égard de tous ses créanciers, il est tenu sur tous ses biens de l'exécution de toutes ses obligations personnelles." Op. conf. de Deleurie, n. 12196.

(3) Add. *Les préférences entre créanciers sont de droit civil. Conséquence.*—Après avoir rappelé que le principe écrit dans l'article 2092 est de droit naturel, les auteurs des Pandectes Françaises, p. 84, ajoutent : " Les distinctions qui dérangent cet ordre naturel ne sont point dans la nature. Elles sont toutes établies par la loi. Par conséquent, toutes les fois que celle-ci est muette, on doit se conformer à l'ordre primitif.

" Cette proposition ne peut présenter aucune difficulté."

(4) Add. *N'y a-t-il pas d'autres causes de préférence ?*—Persil, *Rég. Hyp.*, art. 2094, cite le droit de *rétention* comme constituant une véritable cause de préférence. Voy. ci-après article 2103, où l'on traite du droit de rétention.

propriation, qui est le moyen de contrainte attaché par la loi aux droits que les créanciers ont sur les biens de leur débiteur. Tout droit doit avoir la force à sa disposition, sans quoi il serait illusoire. L'emploi des moyens de coaction qui font la force des créanciers, est réglé par les articles du code civil et du code de procédure civile qui traitent des saisies mobilières et immobilères. Je me bornerai à dire ici qu'il y a toujours eu une différence dans la vraie fin de l'hypothèque entre le droit français et le droit romain. A Rome, le créancier agissait par l'action hypothécaire pour se faire mettre en possession de la chose hypothéquée et lorsqu'il en était nanti, il avait le droit de la faire vendre. Ce n'était que lorsque l'hypothèque avait été convertie en *pur gage conventionnel* que la vente pouvait avoir lieu (1). En France, il en est autrement. La poursuite saisit la chose et la met sous la main de la justice : elle la frappe d'un *gage judiciaire* pour la faire vendre ensuite aux enchères publiques. Le créancier n'a pas le droit d'en réclamer la possession.

---

* *De Bellefeuille, sur art.* 1981. } 1. Dans la cause nº 40, MacKenzie & Bowie, le 11 juillet 1851, la Cour d'Appel a annulé un acte de vente consenti par Bowie à sa fille, pour une prétendue considération de £1450.0.0, que Bowie déclara à l'acte lui devoir pour huit années de salaire, comme ayant tenu ses livres. Au moment où il avait fait cette vente, Bowie était insolvable. La fille de Bowie fit ensuite donation à sa mère de l'immeuble que son père lui avait vendu. La cour a annulé tous ces actes et déclaré l'immeuble vendu être la propriété de Bowie seul.

2. Un débiteur insolvable ne peut ni céder, ni transporter son fonds de commerce à deux de ses créanciers en fidéicommis pour l'avantage de tous ses créanciers, sans leur consen-

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 576, n. 18 ; Loyseau, *Déguerp.*, liv. III, chap. VII, n. 1 ; *infrà*, n. 135 2°.

tement. Lorsque un tel transport est fait sans le consentement de tous les créanciers, et que les cessionnaires, ayant obtenu du débiteur, le cédant, la clé du magasin, mettent tel magasin sous clé, et annoncent les marchandises en vente par encan pour l'avantage des créanciers généralement, tout créancier qui n'aura pas consenti au transport pourra, nonobstant icelui, saisir les effets comme étant encore en la possession du débiteur cédant, en autant qu'il n'y a pas eu de cession légale, ou livraison suffisante, pour transporter la propriété ou la possession aux cessionnaires.—Withall vs. Young, X L. C. R., 149.

3. Tous les biens d'un débiteur insolvable deviennent et sont le gage commun des créanciers, et ils ne peuvent être soustraits au contrôle d'aucun d'eux par les actes du débiteur. Tout transport fait par le débiteur insolvable de ses biens pour les soustraire à l'action de ses créanciers ou d'aucun d'eux, est absolument nul suivant les dispositions de l'édit du mois de mai 1609. Dans l'espèce, le titre invoqué par les intimés était un acte entaché des vices ci-dessus. De plus, cet acte, qui était une cession *omnium bonorum*, de tous les biens du défendeur insolvable aux opposants, n'a pas été suivi d'une tradition légale ou d'un déplacement, de manière à faire passer les biens cédés aux opposants.—Cummings & Smith, X L. C. R., 122.

1982. Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques.	1982. The legal causes of preference are privileges and hypothecs.

---

* *C. N.* 2094. } Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques.

Voy. autorités sur art. 1981.

* 1 *Pigeau*, *Proc. civ.*, *p.* 681-815. } Le privilege est le droit qu'a un créancier, par la faveur de la cause de sa créance, d'être payé avant les autres.

Je dis que ce droit procede de la cause de la créance ; et en effet, il y en a qui méritent plus la faveur et la protection des loix, que les autres : telle est celle qui résulte des aliments que l'on a fournis à un homme, lesquels il est naturel de payer sur ses biens avant une créance causée pour simple prêt.

Ainsi, pour accorder un privilege, on ne considere que la cause qui a donné naissance à la créance, et non la date du titre. C'est ce qu'établit la regle vulgaire : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causà.* ff. leg. 23.

Nos loix sont assez souvent muettes sur les privileges : à leur défaut on consulte les loix romaines, la raison et l'équité. Le grand principe des décisions de notre jurisprudence sur ce point, est que lorsqu'en comparant un créancier aux autres, il sort de cette comparaison une supériorité en faveur du premier, il doit être préféré.

Le privilege est de deux sortes ; le réel, et le personnel.

Le privilege *réel* est celui qui n'a lieu que sur une *chose* (*res*, chose) particuliere appartenante au débiteur, par une raison de faveur qui se tire de cette *chose* même, mais qui ne peut être appliquée aux autres biens. Par exemple, celui qui a vendu un meuble sans en recevoir le prix, a un privilege sur celui qui provient de la vente qui en est faite, parce que s'il ne l'avoit pas vendu, les autres créanciers auroient cet objet de moins : cette raison ne pouvant pas se dire des autres biens du débiteur, il n'a dessus pas plus de droit que les autres créanciers.

Le privilege *personnel* est celui qui a lieu par une raison de faveur tirée de la *personne* du débiteur, laquelle raison pouvant s'appliquer également à tous les biens, donne le droit à celui qui a ce privilege de se faire payer sur tous les biens quelconques, après les privilégiés réels, et avant tous les autres créanciers : tel est celui qui a fourni des aliments au débiteur. La faveur de sa créance ne pouvant pas s'appli-

quer à un bien de celui-ci plutôt qu'à un autre, elle se répand sur tous les biens, sur lesquels il a le droit d'être payé par privilege.

Les hypothécaires doivent être payés suivant l'ordre de leurs hypotheques.

Lahaie sur art. 2094 C. N. } (Voir art. 2166. Pour le droit de *rétention* que l'on trouve dans les art. 555, 1673, 1749, 1948, 2082 et 2175, voir Tarrible, sur l'art. 2103, et Persil, sur notre art. 2094.) D'après ces deux auteurs, le créancier aurait la faculté de garder en ses mains l'objet qui est en sa possession, jusqu'à ce qu'il ait été payé.

Pandectes françaises.—Les priviléges ont leur principe dans l'équité naturelle ; car il y a des créances qui sont, par elles-mêmes, plus favorables et plus sacrées que les autres. Il est juste qu'elles soient acquittées les premières.

Persil, Régime hypothécaire.— Toutefois, les priviléges et hypothèques ne sont pas les seules causes légitimes de préférence ;—car le créancier qui s'est fait donner un gage est préféré à tout autre sur ce gage. Le dépositaire qui a fait des avances pour la conservation de la chose déposée, peut en exiger le remboursement des mains du déposant ; de même qu'il peut se faire indemniser des pertes occasionnées par le dépôt. Et cependant ce ne sont pas là de véritables priviléges. (Voir Troplong, hypothèques, t. 1, n. 4.)

Duranton, t. 19, n. 7.— Hors ces causes, tous les biens d'un débiteur, présens et à venir, sont le gage de tous les créanciers qu'il a au moment d'en répartir le prix, et qui se sont mis en mesure d'y prendre part. C'est là un gage tacite et général, un gage légal pour tous.

Troplong, hypothèques, n. 12.—Le privilége donne au créancier un droit *réel* qui affecte la chose. Ce droit réel le rend préférable au créancier personnel.

N. 13.—Si le débiteur n'a ni créanciers hypothécaires, ni créanciers privilégiés, s'il n'a que des créanciers *personnels, ces derniers sont tous d'une égale condition.*

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES PRIVILÈGES.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1983. Le privilège est le droit qu'a un créancier d'être préféré à d'autres créanciers suivant la cause de sa créance. Il résulte de la loi et est indivisible de sa nature.

CHAPTER SECOND.

OF PRIVILEGES.

GENERAL PROVISIONS.

1983. A privilege is a right which a creditor has of being preferred to other creditors according to the origin of his claim. It results from the law and is indivisible of its nature.

---

* *C. N.* 2095. } Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancer d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

---

* *ff. Liv.* 42, *Tit.* 6, *De privilegiis cred.*, *L.* 17 *ou* 32. } Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa : et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint. (PAULUS).

Ibidem Trad. de M. Hulot. } Les priviléges des créanciers ne s'estiment pas par le temps, mais par le titre de créance, et si plusieurs créanciers ont le même titre, ils concourent, quoique leurs créances aient une date différente. (PAUL).

---

* 4 *Maleville, sur art.* 2095 *C. N.* } *Privilegia creditorum non ex tempore æstimantur, sed ex causâ. L.* 17, *ff. de priv. credit.* Ce titre manque dans les Pandectes de Florence, ou pour mieux dire, les lois qu'il contient, sont mises à la suite du titre *de reb. auct. jud. poss.*, et commencent à la loi 16.

[ARTICLE 1983.]

* 13 *Guyot*, *Répert.*, v° *Privilège*, p. 689. } Privilége signifie aussi la préférence qu'on accorde à un créancier sur les autres, non pas eu égard à l'ordre des hypothèques, mais à la nature des créances, et selon qu'elles sont plus ou moins favorables, et qu'un créancier se trouve avoir un droit spécial sur un certain effet.

Les lois et la jurisprudence ont établi divers priviléges, tant sur les effets mobiliers que sur les immeubles.

Voy. *Domat*, cité sur art. 1966, *Pigeau*, cité sur art. 1982 et *Loyseau*, cité par *Troplong*, sur art. 1985.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *Tit.* 1, *sec.* 5. } Il faut distinguer trois sortes de créanciers : ceux qui n'ont ni hypothèque ni privilége, comme est celui qui n'a qu'une simple promesse à cause de prêt : ceux qui ont hypothèque sans privilége, comme est celui qui a une obligation à cause de prêt par-devant notaires ; et ceux dont la créance a quelque privilége qui distingue leur condition de celle des autres créanciers, et qui leur donne une préférence à ceux dont la créance serait précédente. Ainsi, celui qui a prêté pour acheter un héritage, ou pour le réparer, est préféré sur cet héritage aux autres créanciers hypothécaires et plus anciens du même débiteur.

Les priviléges des créanciers sont de deux espèces : l'une, de ceux qui donnent la préférence sur tous les biens, sans affectation particulière sur aucune chose, comme sont, par exemple, le privilége des frais de justice, et celui des frais funéraires ; et l'autre de ceux qui n'ont qu'une affectation particulière sur de certaines choses, et non sur les autres biens, comme le privilége de ceux qui ont fourni les deniers pour acquérir un fonds ou pour y bâtir, celui du propriétaire d'une maison sur les meubles de son locataire pour ses loyers, et les autres semblables.

[ARTICLE 1983.]

On ne mettra pas dans les règles de cette section celles du droit romain qui regardent les priviléges que Justinien accorda aux femmes pour la dot, dont il ordonna la préférence aux créanciers hypothécaires antérieurs, et même à celui de qui les deniers avaient été employés pour l'acquisition ou réparation du fonds ; car ces priviléges ne sont pas de notre usage, à la réserve de quelques provinces où la femme a la préférence aux créanciers hypothécaires antérieurs, et de quelques lieux où elle n'a cette préférence que sur les meubles.

On ne met pas au nombre des priviléges la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage, et qui sont en sa puissance : car cette préférence n'est pas fondée sur la qualité de la créance, mais sur la sûreté que le créancier a prise en se saisissant du gage ; ce qui ne s'étend pas aux immeubles dont la possession ne donne pas de préférence au créancier, s'il ne l'a d'ailleurs. Et pour les meubles, comme ils ne sont pas sujets à l'hypothèque par notre usage, le créancier qui a un meuble en gage en sa possession y a sûreté.

1. Le privilége d'un créancier est le droit distingué que lui donne la qualité de sa créance, qui le fait préférer aux autres créanciers, et même aux hypothécaires, quoique antérieurs. (C. civ. 2095.)

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Traité de l'Hypoth.*, *n°* 6. } Enfin, on distingue les *hypothèques* en *hypothèques privilégiées et hypothèques simples.*

Les *privilégiées* sont celles qui sont accompagnées d'un privilége qui donne le droit au créancier qui a cette hypothèque, d'être préféré sur le prix de l'héritage hypothéqué aux autres créanciers hypothécaires, quoique antérieurs.

Les *hypothèques simples*, sont celles qui ne sont accompagnées d'aucun privilége.

[ARTICLE 1983.]

* 10 *Pont*, *sur art.* 2095 *C. N.* } I.—23. La loi, par la définition qu'elle donne ici du privilége, indique à la fois (mais incomplétement, on le verra tout à l'heure) la nature et les effets de ce droit.

II.—24. Sous le premier rapport, il résulte de notre article que le privilége, indépendant de la convention, a son principe dans la *qualité*, c'est-à-dire dans la *cause* de la créance ; puis, en ajoutant, dans les deux articles qui suivent, qu'entre privilégiés la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges, et que ceux qui sont dans le même rang sont payés par concurrence, la loi montre que la préférence n'est pas déterminée, en général, par la priorité de temps ; en sorte que, pris dans leur ensemble, ces textes consacrent la définition de la loi romaine, suivant laquelle : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causâ ; et si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint* (L. 32, D. *De reb. auct. jud. possidendis*). Toutefois, il y a ici un point à noter. Sans doute, comme le dit Domat, dont notre article confirme la doctrine, le privilége fait une affectation particulière, qui donne au créancier privilégié la chose pour gage, quoiqu'il n'y ait ni convention, ni condamnation qui marque expressément cette préférence, car elle est attachée au titre de la créance, par la nature de la dette et sans qu'on l'exprime. Il faut dire même, encore avec Domat, que si la dette n'était pas d'elle-même privilégiée, on ne pourrait la rendre telle par la convention : et c'est ici l'un des côtés par lesquels le privilége se distingue de l'hypothèque, qui, elle, peut être établie conventionnellement. La Cour de cassation décide justement, en ce sens, que tout privilége doit être restreint aux cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi ; d'où suit qu'un débiteur ne peut, par des conventions particulières, et hors des cas prévus par la loi, créer en faveur de l'un de ses créanciers un privilége sur des sommes qui lui seraient dues par des tiers, tellement que ce créancier puisse, sans être saisi par un transport régulier et signifié, exercer sur les sommes qui lui ont été ainsi délé-

guées un droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers.

Cependant, la définition de notre article ne convient pas à tous les priviléges dont les art. 2101 et suivants font l'énumération ; et c'est en ceci d'abord que cette définition est incomplète. En effet, il n'a échappé à aucun auteur, et tous ont fait remarquer qu'en particulier le privilége résultant de la constitution expresse de gage (art. 2102, 2°) est indépendant de la *qualité* de la créance, et qu'à la différence de tous les autres, il a sa cause et son principe dans la convention des parties, lesquelles peuvent stipuler la constitution de gage à l'occasion de toutes les créances quelles qu'elles soient. C'est pour cela que Domat, fidèle à sa doctrine, ne met pas au nombre des priviléges la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage et qui sont en sa puissance ; car, dit-il, cette préférence n'est pas fondée sur la qualité de la créance, mais sur la sûreté que le créancier a prise se saisissant du gage. Quelques auteurs font encore la distinction sous notre législation actuelle, et M. Persil, notamment, dit qu'en ce cas *c'est moins comme privilégié qu'en vertu du droit de rétention* que le créancier se fait payer par préférence aux autres. Mais il y a ici un texte précis qui place le gage parmi les priviléges ; tout ce qu'on peut dire, c'est que ce privilège se distingue de tous les autres quant à la cause, et reste par là en dehors de la définition du privilège telle qu'elle est donnée par la loi.

III.—25. Sous le second rapport, on voit que la loï donne aux créanciers privilégiés un droit de préférence sur les autres créanciers, chirographaires ou hypothécaires, et même sur les créanciers qui ont aussi un privilége, mais dont la cause est moins favorable, le tout abstraction faite de la date des créances ; et c'est encore un autre côté par lequel le privilége se distingue de l'hypothèque, relativement à laquelle la priorité de rang est déterminée par la priorité du temps. Mais ici encore quelques points sont à noter.

La loi actuelle diffère profondément du droit romain. Ce n'est pas que, dans le droit romain, le droit des privilégiés

entre eux ait été réglé en raison de la date des créances ; on a vu, au contraire, par le texte ci-dessus reproduit de la loi 32, ff. *De reb. auct. jud. possid.*, que la priorité était déterminée par la *qualité* ou par la *cause* de la créance. Mais, sauf certains cas exceptionnels, comme celui où le prêteur de deniers pour payer un bien obtenait, par la convention, qu'à son privilége fut ajoutée la garantie spéciale d'une hypothèque (L. 7, au C. *Qui pot in pign.*), et quelques autres cas encore (L. 5 et 6, ff. *Qui pot in pign.*), le privilége, en droit romain, ne donnait lieu qu'à l'action personnelle ; d'où suivait que les créanciers privilégiés primaient seulement les créanciers chirographaires ; mais vis-à-vis des créanciers hypothécaires, qui, eux, avaient un droit réel, ils étaient à l'égal des créanciers chirographaires, même antérieurs ; ils avaient sans doute, selon l'expression de Cujas, le *privilegium causæ*, comme ceux-ci avaient le *privilegium temporis*, mais les uns et les autres avaient *debitorem personali tantum causâ obligatum ;* et à ce titre ils le cédaient aux créanciers hypothécaires, " optimâ ratione, ajoute Cujas, quia hypothecarii credi-" tores habent hypothecariam actionem *quæ est actio in rem*, " in quam, ut ait regula juris, *plus est*, *cautionis*, *id est*, *plus* " *securitatis, ponderis est virium quam in personam.*" (*Recit solem.*, ad tit. XVII, lib. VIII, C. ad. leg. 7 : *licet.*) C'est en ceci que la loi actuelle diffère du droit romain : notre article nous dit, en effet, que le droit résultant du privilége prévaut sur celui des autres créanciers, même hypothécaires, c'est-à-dire que, dans le cas unique où le privilége peut se trouver en conflit avec l'hypothèque, celui où il s'agira d'immeubles, puisque les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque (troisième côté par lequel le privilége diffère de l'hypothèque), c'est l'hypothèque qui cédera le pas au privilége.

Par là notre article montre que le privilége est constitutif d'un droit *réel* affectant la chose ; et à ce point de vue on pourrait lui reprocher, à cet article, d'être encore incomplet, en ce que, en traitant des effets des priviléges, il parle exclusivement des créanciers, et peut ainsi donner à penser que le

privilége n'est pas opposable au tiers acquéreur. Mais il est suppléé à l'insuffisance du texte, sous ce rapport, par d'autres dispositions de la loi. D'une part, si les priviléges dont il s'agit ici ont cet effet considérable de l'emporter même sur les hypothèques, c'est parce qu'ils constituent eux-mêmes des *hypothèques privilégiées*; et cela résulte de l'art. 2113, qui veut que, dans les cas où les formes prescrites pour la conservation des priviléges n'ont pas été observées, la créance reste néanmoins hypothécaire, ce qui indique déjà que le privilége en lui-même a, comme l'hypothèque, l'effet dont nous parlons ici ; et, d'une autre part, cela est formellement exprimé par l'art. 2166, qui, en disant que les créanciers ayant *privilége ou hypothèque* inscrits sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe, annonce bien positivement que le privilége, aussi bien que l'hypothèque, est opposable aux tiers acquéreurs du bien qui en est grevé.

IV.—26. Il nous reste maintenant à faire observer que si le privilége, comme le dit notre article, prévaut sur l'hypothèque, cela ne doit pas être pris dans un sens trop absolu. Cette règle, en effet, n'est pas sans exception. Les lois des 5 septembre 1807 en établissent quelques-unes (sur lesquelles nous insistons dans le commentaire de l'art. 2098) par rapport au privilége qui appartient au Trésor public, soit à raison de la gestion des comptables sur les biens qu'ils acquièrent à titre onéreux, soit sur les immeubles d'un condamné à raison des frais de justice. — Ajoutons, avec M. Duranton, qui en a fait la très juste remarque, que les principes généraux doivent faire admettre une autre exception dans tous les cas où l'hypothèque, avec laquelle le privilége vient en concours, affectait déjà l'immeuble du débiteur même dont le fait a donné naissance au privilége : telle est l'hypothèque d'un précédent propriétaire d'un immeuble par rapport au privilége du vendeur de cet immeuble (*voy.* l'art. 2103) ; telle encore l'hypothèque acquise du chef du défunt ou d'un précédent propriétaire sur l'immeuble compris dans un partage, par rapport au privilége des copartageants.

[ARTICLE 1984.]

1984. Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges, ou par la cause des créances.	1984. Among privileged creditors preference is regulated by the different qualities of the privileges, or the origin of the claims.

---

* *C. N.* 2096. } Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges.

Voy. *Digeste* et *Guyot*, cités sur art. 1983 et *Pothier* et *Pigeau*, cités sur art. 1981.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *Tit.* 1, *sec.* 5, *n*o 2. } Entre créanciers privilégiés, il n'importe lequel soit le premier ou le dernier par l'ordre du temps ; car ils ne sont distingués que par la nature de leurs priviléges. Et si deux créanciers ont un pareil privilége, quoique de divers temps, ils seront payés dans le même ordre, et en concurrence. (C. civ. 2096, 2101.)

---

* 10 *Pont*, *sur arts.* 2096-97 *C. N.* } —175. Ces articles, dont nous avons réservé le commentaire (*voy.* no 27), ouvrent un nouvel ordre d'idées. Jusqu'ici nous nous sommes borné à la détermination des créances privilégiées soit sur la généralité des meubles, soit sur certains meubles spécialement, ce qui n'est que l'un des deux éléments nécessaires, l'un des deux côtés de la matière des priviléges. Voici que nous abordons le second, qui est la fixation de l'ordre dans lequel les créances privilégiées doivent être colloquées dans les distributions où elles viennent en concours. Ici, remarquons-le tout d'abord, le procédé de la loi et son système diffèrent essentiellement de la règle absolue qui a dominé

jusqu'ici. Dans la détermination des créances privilégiées, tout est de droit étroit et rigoureux, nous l'avons dit à chaque pas dans le commentaire des articles qui précèdent ; les créances privilégiées sont celles auxquelles la loi elle-même attache un privilége ; toute créance, si favorable qu'on puisse la supposer, sera simplement chirographaire, si elle n'est pas comprise dans l'énumération que le législateur a donnée des créances privilégiées : ainsi la loi a tout dit dans cette partie de son sujet, tout ce qu'elle a voulu dire, et l'in terprétation ne peut rien ajouter à ce qu'elle a dit. Au contraire, dans le classement des priviléges, auquel nous voici arrivé, la loi, sauf quelques classements particuliers que nous avons indiqués déjà (*voy.* n° 64 et 111), et dont nous parlerons avec plus de développement bientôt (*voy.* n° 180 et suiv.), se borne à poser le principe consacré par nos articles, à savoir que, entre créances privilégiées, le rang ou la préférence est déterminé par la qualité ou par la cause de la créance, et par là elle met tout ou à peu près tout dans le domaine de l'appréciation.

Quelques auteurs reprochent à la loi d'avoir failli, en ce point, à l'accomplissement de sa tâche. Quel est, disent-ils, le degré de faveur mérité par chacun des créanciers privilégiés ? Comment effectuer un pareil règlement, si ce n'est par voie de disposition législative ? En abandonner le soin à la pratique ou même à une interprétation plus ou moins habile de textes épars, n'est-ce pas livrer les intérêts des créanciers à l'arbitraire des opinions, des sentiments, et presque des penchants personnels du jurisconsulte ou du magtstrat ? Il fallait donc que le législateur s'expliquât sur ce point d'une manière complète, et il n'a rempli sa tâche qu'à moitié lorsque, après avoir énuméré limitativement les créanciers privilégiés, il a laissé à l'interprétation le soin de régler le classement des créances privilégiées, c'est-à-dire d'atteindre le second but, non moins essentiel que le premier, que doit se proposer toute bonne loi sur la matière des privilèges. Ces idées, du reste, ont dominé et prévalu en Belgique dans la

discussion de la loi qui a modifié le régime hypothécaire de ce pays : aussi voit-on que cette loi, du 16 décembre 1851, consacre une portion de la section des priviléges sur les meubles (le § 3) *au rang des priviléges mobiliers en cas de concours entre eux.* — D'autres auteurs, au contraire, ont approuvé la loi de sa réserve ; ils ont pensé que le degré de faveur qui s'attache à la cause des priviléges est variable suivant les espèces et les différentes positions des créanciers ; que telle créance, qui en prime une autre dans tel cas, est primée par celle-ci dans telle autre concours de circonstances qui peut se présenter. Et ils ont conclu que le législateur avait pu se dispenser d'entrer dans le détail de toutes ces combinaisons d'intérêt qui souvent ne sont que le pur effet du hasard, et que même il avait agi avec prudence en laissant ce soin à l'interprétation, en ce que l'erreur, si facile dans les appréciations de cette nature, est isolée et passagère quand elle émane de l'interprétation du juge, et n'a pas dès lors les conséquences graves qu'elle produit lorsqu'elle est dans la loi, qui, elle, dispose d'une manière permanente et générale.

Quant à nous, il nous semble que le système de la loi trouve sa justification la plus complète dans l'état actuel de la doctrine sur cette question si ardue du concours entre elles des créances privilégiées. Certes, quand tous les efforts des jurisconsultes n'ont abouti qu'à une impossibilité constatée de se rencontrer, non pas seulement sur la solution des difficultés de détail que présente la matière, mais encore sur quelques principes susceptibles au moins de servir de guide, il est difficile de ne pas reconnaître que les circonstances ici doivent à chaque pas fournir la raison décisive des choses, et dès lors que, sauf quelques points particuliers sur lesquels la loi pouvait statuer, le classement des priviléges est une matière que le législateur ne devait pas réglementer. Il suffisait de poser une règle générale et d'en laisser ensuite l'application au juge, sauf à lui à tenir compte des circonstances qui, en variant les espèces, doivent modifier les solutions.

C'est cette règle que nous donnent nos articles quand il nous disent que le rang des priviléges est déterminé par la qualité ou par la cause de la créance, et que lorsque, parmi les priviléges qui viennent en concours, il en est dont la qualité ou la cause est égale ou aussi favorable, les créanciers nantis de ces derniers priviléges doivent être payés par concurrence.

Cette règle est commune aux priviléges sur les meubles et aux priviléges sur les immeubles. Toutefois, nous réservons les applications dont elle est susceptible par rapport aux priviléges sur les immeubles pour notre commentaire de l'art. 2103 (*infrà*, n° 231 et suiv.) : quant à présent, nous nous occuperons limitativement des priviléges mobiliers, soit qu'ils affectent la généralité des meubles, soit qu'ils grèvent certains meubles spécialement.

---

* *Lahaye, sur art.* 2096 *C. N.* } *Domat*, Lois civiles, liv. 3, sect. 5, n. 2. —Entre créanciers privilégiés, il n'importe lequel soit le premier ou le dernier par l'ordre du temps; car ils ne sont distingués que par la nature de leurs priviléges, et si deux créanciers ont un pareil privilége, quoique de divers temps, ils seront payés dans le même ordre et en concurrence.

(*Vide leg.* 32, *ff. de reb. auct. jud. poss.*)

Duranton, t. 19, n. 25. — En thèse générale, le créancier privilégié est préféré à tout autre créancier non privilégié, même hypothécaire : et entre créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des priviléges, et non par leur date.

Troplong, Commentaire, n. 73.— Les auteurs sont très partagés sur la question de savoir qui doit l'emporter, des priviléges *spéciaux* ou des priviléges *généraux*.

Pothier veut que les priviléges *spéciaux soient préférables aux priviléges généraux*. Il ne fait d'exception que pour les *frais funéraires*, qui, dit-il, l'emportent sur tous les autres.

Duplessis est du même avis.

Parmi les auteurs modernes, MM. Malleville, Tarrible, Grenier, Favard, sont d'opinion que *les priviléges généraux priment les priviléges spéciaux.*

Au contraire, M. Persil pense que les priviléges spéciaux l'emportent, et il s'appuie sur un arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre 1814 ; et cette opinion est adoptée par M. Dalloz.

M. Pigeau place aussi les priviléges généraux à un rang inférieur, et les fait précéder par le privilége du vendeur des frais faits pour la conservation de la chose, par le privilége du gagiste et du locateur.

M. Demante soutient que la qualité de priviléges généraux ou de spéciaux ne peut nullement influer sur leur rang, et que c'est uniquemeut *par la faveur de la cause qu'il faut se déterminer.* Partant de cette idée, il place les priviléges généraux énumérés aux n. 2, 3, 4 et 5 de l'art. 2102 du Code civil, après les priviléges spéciaux, dont l'article 2102 donne la nomenclature.

N. 74.—A mon avis, l'opinion de MM. Malleville, Tarrible, etc., doit prévaloir.

---

* *Troplong, Priv. et hyp., sur art.* 2095 *C. N., n°* 26 *et s.* } 26. Le code civil a marché sur les traces de l'ancienne jurisprudence française.

D'après l'art. 2095, le prévilége prévaut sur l'hypothèque.

Il s'attache à la chose et donne sur elle un droit réel.

D'après l'article 2096, c'est la faveur de la cause qui décide du rang entre priviléges (1).

26 2° (2).

(1) Add. " La nature du privilége est de donner au créancier une préférence sur tous ceux qui contractent avec le débiteur avant ou après lui." (Leclerq, t. VII, p. 202, 203.)

(2) Add. *Conséquence de ce principe.*—Persil, *Rég. hyp.*, art. 2095, s'exprime ainsi : " La qualité de la créance est l'unique fondement du privilége, et quelle que soit la faveur que puisse présenter le créancier, il ne jouit d'aucun avantage, si la créance ne renferme quelque chose de

26 3° (1).

27. J'ai vu des esprits positifs s'étonner que la qualité seule d'une créance suffise pour lui donner la vertu d'être préférée à une créance hypothécaire, qui, par stipulation expresse, affecte la personne et les biens.

Mais, en y réfléchissant, on voit que cet effet important ne s'opère que parce que la loi donne aux priviléges sur les immeubles une hypothèque tacite ; à la vérité, nos lois ne parlent pas de cette hypothèque légale dans la section du chapitre III, mais elle n'en existe pas moins. La preuve s'en déduit de l'art. 2113, qui déclare que si les formalités nécessaires pour conserver le privilége n'ont pas été remplies, il reste toujours une créance hypothécaire. Donc toute créance déclarée par la loi privilégiée sur les immeubles se compose

favorable qui la distingue de celles des autres. Aussi faut-il tirer de là cette conséquence que le privilége s'établit sans le consentement des parties, et que même leur volonté ne peut suffire pour l'établir, quoiqu'elle suffise pour y renoncer, suivant la maxime : *Unicuique licet juri pro se introducto renuntiare.* " Si la dette n'était pas d'elle-même privilegiée, dit Domat, on ne pourrait la rendre telle par l'effet d'une convention." Op. conf. de Battur. n° 3 ; de Rolland de Villargues, *Privilége*, n° 8.

(1) Add. *Exception à ce principe pour le privilége sur le gage.*— Duranton dit, n° 22 : Le privilége qui provient du droit de gage ou de nantissement ne provient toutefois pas de la *qualité* de la créance, puisque, quelle que soit la cause de cette créance, le privilége n'en a pas moins lieu, si les conditions et formalités exigées par la loi ont été remplies ; et c'est bien là un *privilége,* quoiqu'on ait quelquefois prétendu le contraire, car le code, dans plusieurs de ses dispositions (art. 2073, 2074, 2075 et 2102, n° 2), le qualifie formellement ainsi." Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2095, où il dit : " Domat avait tellement senti que, dans ce cas, le privilége du créancier avait une autre origine que celle de la qualité de la créance, qu'il ne balance pas à dire (tit. *des Gages et Hyp.*, sect. V, à la fin du préamb.) qu'on ne doit pas mettre au rang des priviléges la préférence qu'a le créancier sur les meubles qui lui ont été donnés en gage. Dans ce cas, c'est moins comme privilégié qu'en vertu du droit de rétention que le créancier peut se faire payer de préférence aux autres."

de deux éléments, savoir, d'un privilége personnel attaché à la faveur de la cause, et d'un droit réel résultant d'une hypothèque tacite (1).

Ces réflexions justifient pleinement la prépondérance du privilége sur l'hypothèque. On peut même s'en servir pour porter le flambeau de la critique sur certaines dispositions

(1) Add. Cotelle, abondant dans le sens de Troplong, dit, page 24: " Mais les dettes privilégiées sur les immeubles sont de la nature de l'hypothèque, par rapport à la forme de l'affectation; c'est ce que l'on appelle l'*hypothèque privilégiée.* C'est pourquoi on les soumet à la forme de l'inscription, qui est le moyen de conservation de l'hypothèque. On en excepte toutefois les priviléges généraux désignés par l'art. 2101, quand ils frappent sur les immeubles, et même lorsque les formes et délais prescrits pour la conservation du privilège de la dette n'ont pas été observés, le privilége est perdu et anéanti; mais l'hypothèque subsiste toujours, et elle frappe de la date de l'inscription que l'on peut et que l'on doit prendre en ce cas: c'est la disposition de l'art. 2113.

" Ainsi, le privilége conserve toujours son rapport primitif avec l'hypothèque; en tout cas, on a distingué, dans cette conduite de notre droit, le privilége simple et l'hypothèque privilégiée.

" Mais cette distinction ne change rien à la nature et à l'effet du privilége, qui est de faire préférer la dette par la faveur de sa cause."

Persil, *Rég. hyp.*, art. 2095, justifie autrement ce principe: " Il est de la nature d'un privilége, dit-il, de ne jamais concourir qu'avec un autre privilége, d'exclure les hypothèques, et de faire juger de son rang, non par sa date comme l'hypothèque, mais par la qualité de la créance à laquelle il est attaché. Ainsi, supposons qu'un créancier ait une hypothèque acquise sur une maison avant que les architectes qui l'ont réparée aient fait inscrire le premier procès-verbal dont parlent les art. 2103, nº 4, et 2110, la préférence devra être accordée aux architectes, malgré l'antériorité de date, parce qu'ils ont un privilége, et que d'ailleurs le créancier n'aura pas à se plaindre, puisque son gage sera augmenté par les réparations, d'une somme égale à celle pour laquelle on lui préférera les architectes.

" C'est donc avec raison que notre article donne la préférence aux priviléges sur les hypothèques, sans distinguer celles antérieures aux priviléges d'avec celles qui ne sont nées que postérieurement. Si cette distinction eût pu être admise, on aurait, par cela même, anéanti les priviléges."

de nos lois qui paraissent difficiles à comprendre. Je m'en prévaudrai dans mes observations sur l'art. 2097 (*infrà*, nos 84, 85, 86).

28. Au surplus, je fais observer qu'il y a quelques cas où le privilége ne marche qu'après l'hypothèque. C'est contre le trésor public que cette exception a été établie par respect pour les droits acquis. Je renvoie à ce que je dirai en commentant l'article 2098 ci-après.

28 2° (1).

(1) Add. *Explication du principe ci-dessus posé, qu'il ne faut pas prendre à la lettre seule.* — Duranton dit, n° 26 : " Toutefois cette règle, qu'un créancier privilégié est préféré à tout autre créancier, même hypothécaire, souffre certaines limitations.

" En effet, un créancier hypothécaire d'un précédent propriétaire est et doit être préféré au privilége du vendeur de l'immeuble, qnoique ce vendeur ne fût nullement tenu de la dette hypothécaire, n'ayant pas pris sur lui l'obligation de la payer en déduction du prix de sa propre acquisition ; car n'ayant reçu l'immeuble qu'affecté de l'hypothèque du tiers, hypothèque, par conséquent, qui pouvait être exercée contre lui pendant qu'il était détenteur de l'immeuble, il est clair qu'il ne peut pas, parce qu'il l'a aliéné, avoir un droit supérieur à cette même hypothèque, quoique le sien soit un privilége. C'est ce qui fait que le privilége d'un premier vendeur l'emporte sur celui d'un second, et ainsi de suite (art. 2003).

" De même un créancier hypothécaire inscrit sur un précédent propriétaire, a la préférence sur le privilége des héritiers de celui qui a acquis l'immeuble (privilége attribué aux copartageants pour les soultes ou retours de lots, et pour la garantie en cas d'éviction) ; car le défunt lui-même qui a reçu l'immeuble affecté d'une hypothèque, n'a pu le transmettre à ses héritiers qu'avec la charge dont il était grevé dans sa main ; et ceux-ci n'ont pu le comprendre dans leur partage qu'affecté de la même charge ; leur privilége n'a point d'effet rétroactif sous ce rapport. Ainsi, voilà deux cas où la raison la plus évidente nous prouve que le privilége n'a pas toujours la préférence sur les créances hypothécaires ; et il est encore plus sensible, si c'est le vendeur lui-même (ou le défunt) qui a hypothéqué l'immeuble, ou s'il est obligé à payer la dette hypothécaire, que son privilége (ou celui des cohéritiers) ne peut prévaloir sur celui du créancier hypothécaire. De plus, si les créanciers d'un défunt demandent la séparation des patrimoines, et s'inscrivent sur les

immeubles de la succession dans les six mois de son ouverture, ils exercent, par préférence aux créanciers particuliers de l'héritier, même privilégiés, et sur lesdits immeubles, le privilége spécifié à l'art. 2111; car la séparation des patrimoines a pour effet de faire considérer les biens du défunt comme étant encore possédés par lui, et comme étant le gage commun de ses propres créanciers, et non de ceux de son successeur, du moins tant que les premiers n'ont pas été intégralement payés.

" Dans tous ces cas, les divers créanciers ne sont point, il est vrai, créanciers de la même personne, d'un même débiteur, et il n'y a rien d'étonnant que les privilégiés n'aient point la préférence sur ceux qui ont simplement une hypothèque; mais nous n'entendons pas dire pour cela que la préférence n'est accordée aux créanciers privilégiés, sur les autres créanciers, même hypothécaires, qu'autant que les uns et les autres sont créanciers d'un même débiteur; ce serait là une proposition erronée. En effet, les créanciers privilégiés mentionnés à l'article 2101 du code, qui sont des privilégiés généraux sur les meubles, et en cas d'insuffisance des meubles, des privilégiés sur les immeubles, même par préférence à ceux qui ont des priviléges sur lesdits immeubles (art. 2104 et 2105); ces créanciers, disons-nous, sont préférés aux créanciers hypothécaires même inscrits sur un précédent propriétaire. C'est sans doute un droit bien rigoureux, car le changement de main de la propriété des immeubles hypothéqués va causer un grand préjudice à ces créanciers, et il semblerait conforme à l'équité et aux vrais principes du droit, que ces mêmes immeubles ne pussent être affectés au payement des créanciers personnels du propriétaire actuel, qu'après l'acquittement des charges dont ces biens étaient grevés lorsqu'ils sont entrés dans sa main, et cependant il n'en est pas ainsi: ces créanciers d'un précédent propriétaire seront primés par ceux du propriétaire actuel ayant en leur faveur les priviléges dont il vient d'être parlé. Tel est le résultat irrécusable des dispositions du code, qui accorde, d'une part, la préfé-

(1) Add. *Point de privilége par analogie.*—C'est ce qu'enseigne Duranton, nº 20, où il dit: " Une première observation qui domine toute la matière des priviléges et des hypothèques, c'est que toute préférence réclamée par un créancier a besoin d'être fondée sur un texte précis de la loi: tout privilége est de droit étroit, et ne s'étend point par conséquent d'un cas à un autre: la voie d'analogie n'est point admise en cette matière, car insensiblement elle conduirait à créer une multitude de préférence, et par conséquent d'abus. Il n'appartient qu'au législateur, et non au juge, d'établir des causes de préférence, s'il le croit raisonnable, parce qu'il n'appartient qu'à lui de sortir du droit commun."

[ARTICLE 1985.]

1985. Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence.	1985. Privileged claims of equal rank are paid rateably.

---

* *C. N.* 2097. } Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang, sont payés par concurrence.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1983 et *Domat*, sur art. 1984.

---

* 13 *Guyot*, *Rep.*, *vº Privilége*, *p.* 692. } D'un autre côté, il est certain que la loi *Privilegia*, ff. *de reb. autor. jud.* décide que quand il s'agit de Privilége on

rence aux créanciers de l'art. 2101 sur les créanciers ayant privilége sur les dits immeubles (art. 2105), et qui accorde, d'autre part, aux créanciers privilégiés en général, la préférence même sur les créanciers hypothécaires (art. 2095). Si, en effet, un premier vendeur se voit primer, dans l'exercice de son privilége, par les créanciers de son acheteur qui ont en leur faveur les priviléges énoncés en l'article 2101, ce qui est incontestable d'après l'art. 2105, à plus forte raison un simple créancier hypothécaire, quoique inscrit sur un précédent propriétaire, sera-t-il primé par eux, puisque le vendeur est hypothécaire comme lui (art. 2113), et, de plus, privilégié. Ainsi, dans le concours des créanciers privilégiés de l'art. 2101 avec des créanciers ayant privilége sur les immeubles, et encore mieux avec des créanciers simplement hypothécaires, le code n'exige pas, pour que la préférence soit accordée aux premiers, que les créanciers privilégiés sur les immeubles, ou simplement hypothécaires, soient aussi créanciers d'un même débiteur : il ne fait à cet égard aucune distinction, et il n'en fait pas davantage dans l'art. 2095, lorsqu'il dit que le privilége est un droit que la qualité de la créance donne au créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ; et si nous apportons nous-même quelques restrictions à cette règle, c'est qu'elles résultent de la nature des choses, par exemple de l'inconséquence qu'il y aurait à ce que celui qui était lui-même passible de l'exercice d'un droit d'hypothèque, pût exercer un privilége qui pourrait en détruire l'effet."

n'a point d'égard au temps de la créance, mais à la faveur qu'elle peut mériter ; de sorte que si les privilégiés ont des titres égaux, ils doivent être payés par concurrence. *Privilegia non ex tempore estimantur, sed ex causâ, etsi ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* La loi 7, ff. *qui potiores in pignore*, décide que quand un bien a été acheté des deniers de deux mineurs, ils viennent par concurrence sur le bien, à proportion de ce qu'ils ont fourni pour l'acquisition : *si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus quæ in pretium rei fuerint expensæ.*

---

* 1 *Pigeau, Proc. civ., Liv.* 2, *part.* 4, *Tit.* 2, *ch.* 3, *p.* 685. } Le privilège personnel est de deux sortes : la première, des créances qui gardent l'ordre entre elles ; la seconde, de celles qui ne passent qu'après et par concurrence entre elles : de manière que s'il n'y a pas de quoi les payer toutes, elles souffrent chacune de la perte à raison de leur montant.

---

* 7 *Boileux, sur C. N., p.* 166. } Le mot *privilége* n'exprime pas un avantage accordé à certains créanciers ; mais un droit attaché, par un texte précis, à la qualité de la créance, suivant le degré de faveur que cette créance mérite.

Le privilége et l'hypothèque confèrent au créancier :

1° Le droit de se faire colloquer par préférence sur le prix de la chose affectée ;

2° Le droit de suite.

Mais on remarque entre ces deux genres de sûretés, les différences suivantes : le privilége est toujours établi par la loi ; il existe indépendamment des conventions particulières et de l'autorité du juge ; si la dette n'était point par elle-même privilégiée, on ne pourrait la rendre telle : l'hypothèque peut résulter de la loi, des condamnations judiciaires,

ou de la volonté des parties exprimée dans les formes prescrites.— Le rang des créances privilégiées se règle par leur qualité ou plutôt par la cause des créances : *privilegia æstimantur non ex tempore sed ex causâ ;* les droits résultants de l'hypothèque se règlent, en général, suivant l'ordre des inscriptions : *prior tempore, potior jure* (2134, 2135).— Le privilége peut exister sur les meubles et sur les immeubles ; l'hypothèque ne peut frapper que les immeubles.—Enfin, le privilége a la prééminence sur les hypothèques, même antérieures à l'époque où il a pris naissance (2095).

Les priviléges et les hypothèques modifient la règle générale suivant laquelle les biens d'un débiteur sont le gage commun du créancier ; dans le doute, il faut, en conséquence, interprêter ces droits d'une manière restrictive : *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis.*

Les priviléges sont fondés sur l'une des cinq considérations suivantes : *équité, humanité, intérêt général, constitution de gages, vente ou conservation de la chose.*

Troplong, Priv. et hyp., sur art. 2097 *C. N.* } 83. J'ai cité plus haut (n° 22) la loi *Privilegia* 32 au D. *de rebus auct. jud. possid.* (1), qui pose le principe consacré par l'art. 2097. Je crois devoir rappeler les expressions de cette loi, qui est un des fondements du système des priviléges. *Privilegia non tempore æstimantur, sed ex causâ ; et si quidem ejusdem fuerint tituli, concurrunt, licet diversitas temporis in his fuerit.*

Telle est aussi la doctrine de nos anciens auteurs ; par exemple de Loyseau dont j'ai déjà rapporté le texte (n° 22). J'ajoute ici la citation suivante, empruntée au même auteur (2).

" Si donc deux privilégiés ont un privilége égal ou de
" même titre, c'est-à-dire un même privilége, comme ceux

(1) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 186, n° 34.

(2) *Offices*, liv. III, chap. VIII, n° 88.

" qui ont prêté pour l'achat de l'office, ils concourent ensem-
" ble, bien que l'un ait fait son prêt plus tôt que l'autre ; et
" la raison de cette concurrence est que, ne pouvant user de
" leurs priviléges *contrà æquè privilegiatos*, *res reducitur ad*
" *jus commune*, qui est de concourir et de venir à contribu-
" tion l'un avec l'autre en deptes personnelles (1). Mais ès
" hypothécaires, c'est un droit perpétuel que *qui prior est*
" *tempore*, *potior est jure*."

84. On conçoit, en effet, sur quoi est fondée la nécessité de cette concurrence entre créanciers ayant le même rang ; car si deux titres égaux se rencontrent, ils se choquent et s'empêchent l'un l'autre. *Mutuo se impediunt et confunduntur.* C'est ce qui a fait dire à Covarruvias : "Qui privilegium " simile habet in re et specie de quâ agitur, non potest uti " contrà eum qui semile in re habet privilegium." Même doctrine dans Merlinus (2), dans Basnage (3) et Domat (4). Balde avait dit avant eux, dans son langage souvent très-expressif: "Quando concurrunt duæ virtutes paris poten- " tiæ, tantum juris habet una ad retinendum, quantum " altera ad obtinendum (5).

85. Je sais bien que Loyseau ajoute quelque chose que certains jurisconsultes (6) ont trouvé contradictoire avec ce qui précède.

Il dit en effet : " *Aux priviléges réels* il n'y a point de con-

(1) Add. Sur cette règle encore applicable, Persil observe " que la règle de cet article n'est proprement applicable qu'aux priviléges sur les meubles et à ceux qui portent à la fois sur les meubles et les immeubles ; mais que, pour les autres, la préférence se règle le plus souvent par l'époque de leur publicité. C'est ce que nous verrons aux art. 2106 et suiv." Ernst, p. 9.

(2) *De pignor.*, lib. III, cap. II, q. 63.

(3) Part. I, ch. XVI, p. 72, col. 2.

(4) Liv. III, sect. V, art. 2.

(5) Sur la loi 38, D. *comm. divid.*

(6) Voy. la plaidoirie de Me Gréard, dans Basnage, *Hyp.*, ch. XIV, p. 76, col. 2.

" currence comme de ceux qui ont prêté pour l'achat d'une " maison sous divers contrats portant hypothèque ; le pre- " mier en hypothèque doit être mis en ordre devant l'autre."

Mais Loyseau écrivait ceci à une époque où, comme je l'ai dit ci-dessus (n° 23), on tenait encore au système des Romains, où les priviléges n'étaient considérés que comme donnant lieu à des poursuites personnelles sans affectation sur la chose, et où il fallait une stipulation d'hypothèque, soit expresse, soit tacite, pour que le privilége affectât la chose. Or, on voit que Loyseau ne parle que de priviléges réels, c'est-à-dire d'*hypothèques privilégiées*, ainsi qu'il prend soin de l'expliquer, n° 21 ; et puisqu'il s'agissait d'hypothèque, il fallait bien consulter la date, pour établir la différence d'après la raison donnée par Cujas et rapportée ci-dessus (n° 19).

Ainsi, cette décision de Loyseau ne s'applique pas aux priviléges proprement dits ; elle ne concerne que les hypothèques. Je ne vois donc aucune contradiction dans la doctrine qu'il émet. Lorsqu'il s'occupe de l'office, qui n'avait pas de suite par hypothèque, qui ne pouvait être l'objet que de simples *priviléges personnels*, il prononce qu'entre les divers bailleurs de fonds il y a égalité, quelle que soit l'époque des prêts ; car la faveur de ces prêts est la même, et, en matière de priviléges personnels, c'est la faveur de la cause, et non la date, qu'on doit considérer.

Mais, lorsque Loyseau parle des prêts faits par acte authentique pour l'achat d'un immeuble, il remarque que l'hypothèque se joint ici au privilége personnel, qu'il y a affectation sur la chose, et que le premier prêt doit être préféré au second, d'après les principes généraux qui veulent que la préférence entre créanciers hypothécaires se règle par la date de l'hypothèque.

86. Cependant, comme je l'ai dit plus haut (n° 23), il se fit, après l'époque où écrivait Loyseau, une espèce de révolution dans le système des priviléges. La distinction des priviléges en personnels et réels, que Loyseau avait encore ensei-

gnée d'après les principes du droit romain, s'effaça peu à peu. Tous les priviléges devinrent réels; ils eurent, par le seul fait de la loi, une assiette déterminée, et ils arrivèrent au point de faveur de remplacer l'hypothèque privilégiée des Romains, et d'obtenir la préférence sur les hypothèques simples.

Cette transition insensible, née du mélange des principes du droit romain avec les principes du droit français et de l'ignorance des praticiens, amena pour résultat d'appliquer aux priviléges réels le principe de concurrence que la loi *Privilegia* n'appliquait qu'aux priviléges personnels. Et en effet, dès qu'on vit que le privilége primait l'hypothèque, on considéra ces deux droits comme étrangers l'un à l'autre. L'idée d'hypothèque se détacha tout à fait de l'idée de privilége, et la règle des temps fut oubliée dans le régime des priviléges, et ne résida plus que dans le régime des hypothèques. C'est de cette confusion des priviléges personnels avec les hypothèques privilégiées qu'il arriva que ce qui, dans le droit romain, ne concernait que les priviléges personnels, fut étendu à tous les priviléges.

Cependant cette jurisprudence eut de la peine à s'établir. Basnage rapporte un *arrêt solennel* du parlement de Rouen, en date du 28 juin 1668, qui décida, après une discussion approfondie, qu'entre deux prêteurs, également privilégiés, la préférence devait être accordée à celui qui avait le double privilége du temps et de la cause (1).

La même chose fut jugée au parlement de Bretagne, le 3 janvier 1667, par un arrêt, dans l'espèce duquel un sieur de Bellefosse avait pris de l'argent à rente de deux prêteurs pour payer la dot de sa fille.

La question s'étant présentée depuis au parlement de

(1) Les deniers avaient été prêtés pour l'achat *d'un office*. Du temps de Basnage, les offices étaient susceptibles d'hypothèque; ce qui était problématique du temps de Loyseau (*Offices*, liv. III, ch. VIII, n° 28, et liv. III, ch. III). Quant à Basnage, sur l'aptitude de l'office à être hypothéqué, voy. chap. X.

Rouen, il y eut partage à l'audience de la grand' chambre du 28 février 1675, et les parties s'accommodèrent.

Mais postérieurement la concurrence fut adoptée par la jurisprudence des arrêts. Basnage donne un arrêt du parlement de Rouen, du 1er août 1676, qui le juge ainsi. Elle n'a plus été mise en doute parmi les jurisconsultes.

Je ne peux m'empêcher de remarquer cependant que la jurisprudence qui avait précédé n'était pas sans quelque fondement.

En effet, puisque le privilége produit de plein droit en France une affectation sur la chose, on ne conçoit pas facilement pourquoi l'ordre du temps n'est compté pour rien. Par cette affectation, le débiteur s'est dépouillé en quelque sorte du bien soumis au privilége. Cette espèce d'aliénation est irrévocable, et il n'a pu affecter ce même bien à de nouveaux priviléges que jusqu'à concurrence de ce qui restait libre.

Je conçois bien qu'entre créanciers qui n'ont de droit que sur la personne et nullement sur la chose, l'ordre des temps ne soit compté pour rien dans la fixation des rangs. J'en ai donné la raison (*suprà*, n° 14). Je conçois également que la même chose eut lieu chez les Romains, pour les priviléges attachés aux actions personnelles; car les priviléges n'affectaient pas les biens, et dès lors le créancier, ne s'étant réservé aucun droit sur les biens, n'avaient aucune raison pour s'appuyer sur le privilége des temps, à l'effet de se faire payer avant les autres créanciers.

Mais, lorsqu'il y a affectation sur la chose, ainsi que cela existe dans le système de nos priviléges, celui qui est le premier en date est pour ainsi dire saisi de cette chose avant les créanciers postérieurs, qui ne peuvent prétendre de droits qu'autant qu'il sera renvoyé indemne pour le total. Cela a lieu pour les hypothèques. On ne voit pas de raison pour faire une différence à cet égard entre les priviléges et les hypothèques, d'autant que, comme je l'ai prouvé ci-dessus (n° 27), nos priviléges ont le cortége et le secours d'une espèce d'hypothèque tacite, qui frappe la chose sur laquelle

ils sont assis. On voit donc que *logiquement* il est fort difficile de trouver dans les priviléges réels l'identité de rang qui conduit à la concurrence.

Quoi qu'il en soit, la loi existe (1). Le code civil a cru devoir consacrer la jurisprudence telle qu'il l'a trouvée établie. Peut-être eût-on mieux fait de voir sur quels fondements fragiles elle était fondée ; mais on a plié devant la règle de la loi *Privilegia*, qui a paru respectable par son antiquité, mais qui, détournée de son véritable objet, a donné un libre champ à l'erreur des praticiens.

87. Le code dit, dans notre article, que les créanciers privilégiés *qui sont dans le même rang* sont payés par concurrence.

Que signifie ce mot *rang ?*

" On ne peut regarder comme étant dans le même rang, " dit Tarrible (2), ni les divers créanciers ayant des privi- " léges généraux sur les immeubles, ni les divers créanciers " ayant des priviléges spéciaux sur certains meubles, ni les " divers créanciers ayant privilége sur les immeubles, puis- " que la loi assigne nominativement des préférences entre " les divers priviléges compris dans chacun de ces trois " genres.

" On ne peut pas même faire résulter l'identité du rang " de l'identité du privilége. L'art. 2103, n° 1, en fournit une " preuve : lorsqu'il y a eu plusieurs ventes successives d'un " immeuble, et que le prix de ces ventes est dû aux vendeurs " respectifs, chacun de ces vendeurs a un privilége de même " nom, de même nature, sur l'immeuble vendu ; mais le " premier est préféré au second, le deuxième au troisième, " et ainsi de suite (3).

" On ne peut considérer comme étant dans le même rang " proprement dit, que les créanciers qui y *sont nominativement*

(1) Art. 2103, n° 2, du code civil ; *infrà*, n° 87.

(2) *Répert.*, v° *Privilége*, p. 16, col. 2.

(3) Le même cas se présente, mais dans un ordre inverse, pour différents prêts successifs à la grosse.

" *placés par la loi.* Ainsi, les boulangers et les bouchers, dé-
" signés dans l'art. 2101, n° 5 ; les divers prêteurs d'argent
" pour payer le prix d'une acquisition d'immeubles, dési-
" gnés dans l'article 2103, n° 2 ; les prêteurs de deniers pour
" payer ou rembourser des ouvriers désignés dans le même
" article, n° 5 ; sont placés nominativement dans le même
" rang et doivent être payés par concurrence ; c'est-à-dire,
" qu'en cas d'insuffisance du prix, chacun doit en recevoir
" une part proportionnelle au montant de sa créance (1)."

Cette explication de Tarrible mettra à même de juger facilement des cas où la concurrence doit être rejetée ou admise.

Ainsi seront payés par concurrence les médecins, apothicaires, gardes-malades qui auront soigné le défunt dans sa dernière maladie (art. 2101, n° 3).

Il en sera de même des maîtres de pension, et marchands en gros pour fournitures de subsistances faites pendant la dernière année (art. 2101, n° 5); des ouvriers quelconques qui auront été employés, chacun pour ce qui concerne leur profession, pour la conservation de la chose mobilière (art. 2103, n° 4) ; des architectes, entrepreneurs, maçons et autres, employés pour édifier, reconstruire ou réparer des choses immobilières quelconques (art. 2103, n° 4).

Je crois aussi que les priviléges du trésor public, pour frais de poursuites criminelles et sur les meubles des comptables, doivent être payés par concurrence (2).

88. En se pénétrant des principes qui déterminent l'identité de rang, on verra aisément que certains priviléges que dans l'ancienne jurisprudence plusieurs auteurs faisaient concourir les uns avec les autres, ne peuvent plus aujour-

(1) Add. Op. conf. de Battur, p. 35, où il ajoute : " On entend par *rang*, non un article, paragraphe ou section, mais le numéro ; et l'on ne peut pas même faire résulter l'identité du rang de l'identité du privilége, par exemple lorsque plusieurs ventes successives du meme immeuble ont eu lieu et que le prix en est dû." Op. conf. à Battur par Leclerq, t. VII, p. 256.

(2) *Suprà*, n°s 35, 38, 39.

d'hui marcher sur la même ligne. Ainsi, on n'aura plus à examiner si les chirurgiens, apothicaires et autres, doivent aller d'un pas égal avec celui qui aurait fait les frais funéraires. Cette opinion, enseignée par Pothier (1), ne paraît plus être admissible d'après l'article 2101 du code civil.

89. Puisque c'est un principe constant que les priviléges placés dans le même rang doivent concourir, on doit conclure qu'il ne faut pas établir de préférence entre deux cessionnaires de parties d'une créance privilégiée, quoique la cession faite à l'un soit antérieure à l'autre. C'est ce que la cour de cassation a décidé par arrêt du 4 août 1817 (2). Grenier (3), qui examine cette question, se décide aussi pour la concurrence, et, en effet, les cessionnaires, exerçant les droits des cédants privilégiés en leur lieu et place (4), n'ont que des droits égaux et ne peuvent prétendre à aucune préférence l'un sur l'autre (5).

89 2° La même règle sert à décider la question de savoir si l'on doit établir une hiérarchie de préférence entre les créanciers de divers frais de justice qui se présentent dans

(1) *Procéd. civile*, p. 196.

(2) Sirey, XVII, 1, 373 ; Dalloz, *Hyp.*, page 77, note 1. Voy. *infrà*, n° 366.

(3) Add. Grenier ajoute, n° 297 : " Tels étaient les anciens principes, et la jurisprudence y était conforme. Renusson, *Traité de la subrogation*, p. 121 ; Brodeau, *sur l'art.* 75 *de la coutume de Paris* ; et Domat, liv. III, sect. V, art. 2, enseignent cette doctrine."

(4) Art. 2112 du code civil.

(5) Il résulte néanmoins de cet arrêt que le cédant peut, par des stipulations expresses, établir une préférence entre les portions de la créance transportée.

La cour de Paris a aussi jugé, le 17 avril 1834 (Sirey, XXXIV, 2, 305 ; Dalloz, XXXV, 2, 175), que la cession faite, avec promesse de fournir et faire valoir, de partie d'une créance privilégiée dont le cédant s'est réservé le surplus, établit au profit de ce cessionnaire le droit d'être payé par préférence à tout cessionnaire ultérieur de la portion de créance que le cédant s'était réservée.

la même distribution. Par arrêt du 27 mars 1824 (1), la cour royale de Paris a jugé que les frais *de scellés* doivent être colloqués avant les frais de *garde des scellés*, et les frais de garde avant *les frais d'inventaire.* Mais en présence d'une pareille décision, que devient la règle de la concurrence entre privilèges placés dans le même rang ? La cour de cassation a été bien plus fidèle aux principes, lorsque, par arrêt du 8 décembre 1825 (2), elle a décidé que les frais de curatelle à succession vacante, ceux de scellés, d'inventaire, de prisée et de vente faits pour la conservation et la liquidation en argent des meubles d'un individu, devaient être payés par concurrence comme occupant le même rang.

1986. Celui qui a acquis subrogation aux droits du créancier privilégié, exerce le même droit de préférence.

Cependant ce créancier est préféré, pour ce qui lui reste dû, aux subrogés envers qui il ne s'est pas obligé à fournir et faire valoir le montant pour lequel la subrogation est acquise.

1986. Persons who are subrogated in the rights of a privileged creditor may exercise his right of preference.

Such creditor has however a preference, for any remainder due him, over subrogated parties to whom he has not guaranteed the payment of the amount for which they have obtained subrogation.

Voy. *C. C. B. C., art.* 1157 et consultez *Statuts R. B. C., ch.* 37, *s.* 26, §§ 2, 5.

---

* 2 *Grenier, Hypoth., n°* 394. } Nous avons vu que les dispositions de l'art. 2103–2, relatives aux prêteurs de deniers, rentrent dans celles de l'art. 1250, relatives au

(1) Dalloz, *Hyp.*, p. 80, 81.
(2) Dalloz, XXVI, 1, 28.

payement avec subrogation. L'art. 1252 consacre des principes qui avaient été admis dans l'ancienne législation, et qui s'appliquent à la subrogation qui s'opère en faveur du prêteur pour acquisition d'un immeuble, comme à celle qui a lieu en faveur du prêteur pour payement d'une dette. Cette subrogation ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; et, en ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. Les motifs de cette décision sont très-bien expliqués par Renusson, *Traité de la subrogation*, ch. 15, qui donne cette conclusion, n° 9 : " Il " est donc raisonnable de dire, et c'est une maxime cons- " tante et bien établie, que tout créancier qui n'a été payé " que de partie de sa dette, doit être payé du restant, sur les " biens de son débiteur, préférablement au subrogé qui " aurait fourni les deniers du payement ; et qu'une personne " qui a vendu, et qui n'a reçu que partie du prix de la chose " vendue, doit être payée du restant, préférablement au " subrogé qui aurait prêté les deniers des premiers paye- " mens."

Le cessionnaire du vendeur aurait la même priorité. *Eod.*, ch. 16, n° 6.

Le même auteur décide, en s'appuyant de plusieurs arrêts, 1° que, dans l'hypothèse d'une vente par laquelle l'acquéreur est chargé de payer le prix aux créanciers du vendeur, si cet acquéreur emprunte des deniers pour payer partie de son acquisition aux plus anciens de ces créanciers, la subrogation qui serait consentie au prêteur par les créanciers qui recevraient le payement de leur dû, ne peut nuire ni préjudicier aux autres créanciers du vendeur : la subrogation ne peut avoir aucun effet contre eux, et ils doivent être préférés, sur la chose vendue, au subrogé, quoiqu'étant postérieurs aux créanciers payés, ch. 15, n° 9 et suiv.

2° Que lorsque plusieurs personnes ont successivement prêté les deniers pour l'extinction d'une dette, aucune d'elles n'a de préférence à réclamer sur les autres, et qu'elles

doivent toutes venir par concurrence, ch. 16. Il en serait de même entre plusieurs prêteurs de fonds pour l'acquisition et le payement d'un immeuble.

Quant aux cessionnaires des prêteurs de deniers, ils ont tous les mêmes droits qu'eux. Art. 2112 du Code. Voyez les principes développés dans les observations générales qui sont en tête du ch. IV de la première partie de ce Traité.

1987. Ceux qui ont simple subrogation légale aux droits d'un même créancier privilégié sont payés par contribution.

1987. Persons who are merely subrogated by law in the rights of one and the same privileged creditor are paid rateably.

C. N. 2097, cité sur art. 1987.

---

* 10 *Pothier (Bugnet), Procéd.*, *n°* 652. } Le créancier, dont les deniers ont servi à acquitter une créance privilégiée, ou plus ancienne, et qui a acquis la subrogation aux droits de ce créancier, est colloqué, pour la somme qui a servi à payer l'ancien créancier, au même rang auquel aurait été colloqué cet ancien créancier ; et, s'ils sont plusieurs qui ont prêté en différents temps leurs deniers, pour payer par partie à ce créancier, et qui aient acquis la subrogation, ils seront colloqués, par concurrence au rang auquel aurait été colloqué ce créancier auquel ils sont subrogés, sans qu'on ait égard à celui d'entre eux qui a prêté le premier ou le dernier ses deniers.

---

* *Renusson, Subrog., ch.* 15, *n°* 9, 14, 15. } 9. C'est une maxime constante et bien établie, que tout créancier qui n'a été payé que de partie de sa dette, doit être payé du restant sur les biens de son débiteur préféra-

blement au subrogé qui auroit fourni les deniers du payement, et qu'une personne qui a vendu, et qui n'a reçû que partie du prix de la chose venduë doit être payé du restant preferablement au subrogé qui auroit prêté les deniers des premiers payemens. On doit dire encore la même chose du vendeur qui a des créanciers, et qui vend ses immeubles pour se liberer, et qui charge l'acquereur d'en payer le prix à ses créanciers, si l'acquereur emprunte des deniers pour payer partie du prix de son acquisition aux plus anciens créanciers de son vendeur, la subrogation qui seroit consentie à celui qui lui prête ses deniers par ces créanciers qui recevroient le payement de son dû, ne peut nuire ni préjudicier aux autres créanciers du vendeur ; la subrogation ne peut avoir aucun effet contr'eux, et ne peut empêcher que les autres créanciers du vendeur ne soient payez du prix restant de la vente ; le prix de la chose venduë leur doit être entierement payé, et ils doivent être preferés sur la chose venduë au subrogé, qui auroit prêté ses deniers à l'acquereur pour les premiers payemens.

14. L'acquéreur ne peut aussi par son fait nuire ni préjudicier au vendeur ; et si l'acquereur qui emprunte des deniers pour payer partie de son acquisition, consent la subrogation à celui qui lui prête ses deniers pour faire les premiers payemens, la subrogation consentie par l'acquereur peut bien avoir effet, c'est-à-dire, celui qui a prêté ses deniers à l'acquereur, peut bien être subrogé au privilege du vendeur sur la chose venduë, mais cette subrogation peut seulement avoir effet après que le vendeur aura entierement été payé du prix de sa chose. Cette subrogation consentie par l'acquereur ne peut jamais nuire ni préjudicier au vendeur qui doït être payé entierement, et qui n'a vendu sa chose que pour en avoir le prix ; il faut donc qu'il en reçoive le prix *cum effectu*. C'est la loy du Contrat de vente, et quand même le vendeur en recevant partie du prix auroit consenti la subrogation à celui qui a prêté ses deniers à l'acquereur pour faire le payement, on présume que le ven-

deur a consenti la subrogation seulement pour avoir effet après qu'il aura été entierement payé du prix. Telle subrogation n'empêche pas qu'il ne soit payé de ce qui lui est dû de reste, il n'est pas à présumer qu'il ait consenti la subrogation pour se faire préjudice, ni qu'il ait consenti une chose contre son propre intérêt, il faudroit qu'il l'eût dit expressément.

15. La même chose doit avoir lieu quand le vendeur a vendu pour s'acquitter, et a délégué ses créanciers à l'acquereur par le Contrat de vente, le prix de la chose venduë doit être payé entierement aux créanciers du vendeur, et jusqu'à ce que le prix leur soit entierement payé. La subrogation qui auroit été consentie par aucun d'eux à celui qui auroit prêté ses deniers à l'acquereur pour le payer, ne peut nuire ni préjudicier aux autres créanciers du vendeur, ni empêcher que le prix de la chose venduë ne leur soit entierement payé. Les créanciers du vendeur représentent tous ensemble le vendeur, et ont le droit du vendeur ; si le plus ancien créancier d'entr'eux reçoit son payement et consent la subrogation à celui qui a fourni ses deniers à l'acquereur, telle subrogation ne peut avoir effet sur la chose venduë, qu'après que le prix de la chose venduë aura été entierement payé aux créanciers du vendeur : car comme il a été dit, les créanciers du vendeur tous ensemble représentent le vendeur ; et comme le vendeur qui reçoit partie du prix de la chose venduë, et qui consent la subrogation à celui qui a fourni les deniers du payement, n'est pas censé subroger contre lui-même. Il en est de même de ses créanciers qui ont été déleguez par le vendeur sur le prix de la chose venduë ; la subrogation qui seroit consentie par aucun d'eux, ne peut avoir effet, qu'après que le prix de la chose venduë leur aura été payé entierement, et ne doit pas nuire aux autres.

---

* *Héricourt, Vente des immeubles, ch.* 11, *sec.* 1, *n°* 16. } 16. Si entre privilégiés celui qui a le premier prêté ses deniers est préféré sur le prix.

[ARTICLE 1987.]

Si deux particuliers avoient prêté des deniers pour acquérir une maison, celui qui auroit prêté le premier, seroit-il payé de toute sa créance, avant que celui qui a prêté après lui pût rien toucher? L'opinion qui paroît la plus commune sur cette matière, est de dire, qu'entre deux privilégiés, dont le titre du privilege est également favorable, le premier en datte doit être le premier payé, sans aucune concurrence; la raison qu'en rend Basnage, qui a embrassé cette opinion, est: 1° Que comme un privilegié ne peut se servir de son privilege contre un autre privilegié, il faut en revenir au droit commun, qui dans la concurrence de créanciers donne la préférence à celui qui est le premier en datte ; 2° Que ces deux privilegiés ne sont point égaux en toute chose, puisque l'un d'eux a eu sa faveur la prérogative de la datte. Il joint à ces raisons des Arrêts du Parlement de Roüen, qui donnent, en ce cas, la préférence à celui des deux privilegiés qui a prêté le premier son argent. Bardet rapporte un Arrêt du Parlement de Paris du 12 Juillet 1629, par lequel on a aussi jugé, qu'entre deux créanciers qui avoient prêté leurs deniers pour acquerir une maison, celui qui avoit prêté le premier, devoit être aussi le premier colloqué dans l'ordre de cette maison venduë sur l'acquéreur.

D'un autre côté, il est certain que la Loi *privilegia, ff. de reb. autor. jud.* décide, que quand il s'agit de privilege, on n'a point d'égard au tems de la créance, mais à la faveur qu'elle peut mériter, desorte que si les privilegiés ont des titres égaux, ils doivent être payés par concurrence. *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causâ, et si ejusdem tituli fuerint, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* La Loi 7, ff. *qui potiores in pignore,* décide aussi, que quand un bien a été acheté des deniers de deux mineurs, ils viennent par concurrence sur le bien, à proportion de ce qu'ils ont fourni pour l'acquisition, *si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus quæ in pretium rei fuerint expensæ.* Il est vrai que ceux qui soutiennent la première opinion disent, que la

Loi *privilegia* ne regarde que ceux qui n'ayant point stipulé d'hipoteque, avoient un privilege purement personnel, et que dans le cas de la seconde Loi l'on a admis la concurrence entre les deux mineurs, par la raison qu'ils n'avoient pas non plus stipulé d'hipoteque. Mais la regle que pose Ulpien dans la Loi *privilegia,* est générale, et il y a d'autant moins d'apparence que ce Jurisconsulte ait voulu la restraindre aux privileges personnels, que sans la stipulation d'hipoteque, il n'y auroit point eu de prétexte de faire valoir la priorité de la datte, qui n'a de force qu'entre les créanciers hipotequaires. Il falloit dans l'espece de la seconde Loi, que l'on eût stipulé une hipoteque sur le bien pour les mineurs, puisque la Loi dit, *in pignus concurrent,* et que la Loi 17 au Code *de pignorib.* porte que celui qui a prêté de l'argent pour acquerir un fond, ne peut regarder ce fond, comme un gage de la créance, à moins qu'il n'y ait été spécialement ou généralement obligé.

On doit d'autant moins écouter ceux qui cherchent des interprétations pour éluder la force de ces Loix, qu'elles sont conformes aux principes de l'équité, et aux regles qu'on suit en France sur les privileges des créanciers. En effet, c'est une maxime constante parmi nous, que même entre créanciers hipotequaires, on n'a point d'égard à la datte des titres de créance, dès qu'il s'agit de privilege ; d'où il s'ensuit que la priorité de la datte n'étant point considérée en cette matière, ne doit donner aucune prérogative à l'un des privilegiés sur l'autre. L'unique motif de décision est ici la faveur de la créance ; ainsi la faveur de l'un et de l'autre créancier étant égale, il n'y a point d'autre parti à prendre que celui de les payer dans le même ordre et par concurrence, comme le décide l'Auteur des Loix civiles, dans leur ordre naturel.

D'ailleurs le premier créancier des deniers duquel l'acquereur a payé une partie du fond, ne se trouve subrogé au vendeur que jusqu'à concurrence de ce qu'il a fourni pour payer le vendeur, auquel on ne peut contester un privilege au moins égal à celui du premier prêteur, pour ce qui lui

reste dû du prix du fond ; et ceux qui fournissent les deniers pour achever de payer ce qui est dû au vendeur, sont subrogés à ses droits, jusqu'à concurrence de ce qu'ils lui ont payé du prix du fond, ils doivent donc avoir sur le fond un privilege égal à celui de la personne qui a fourni la premiere des deniers pour payer une partie de l'acquisition.

Celui qui a le premier prêté les deniers à l'acquereur, serait encore plus mal fondé à prétendre la préférence, si tout le prix de l'acquisition avoit été payé en même-tems au vendeur; car, comme le privilege n'est acquis que par la déclaration faite dans la quittance, que les deniers proviennent des personnes qui y sont nommées, le privilege est acquis en même-tems à tous ceux qui ont remboursé l'acquereur, quoique l'un ait prêté l'argent avant l'autre.

---

* *Lamoignon, Arrêtés, Tit.* 21, *n°* 16, *p.* 126. } Les créanciers qui ont baillé leur argent pour payer le prix d'un héritage ou rente, seront payés concurremment entre eux sans considérer la priorité ou postériorité de leurs hypothèques.

---

* 1 *Grenier, Hyp., n°* 93. } 93. Pothier, *Introduct. au tit.* 20 *de la Cout. d'Orl., n°* 87, et *Traité de l'hypoth.*, pag. 456, a examiné quel est, relativement au mode de collocation, le droit de plusieurs personnes qui payeraient, en différents temps, les portions d'une créance, et qui seraient subrogés, à mesure des payemens, aux droits du créancier. Il disait que ces créanciers subrogés devaient venir, entre eux, par concurrence, à la place du créancier qui avait subrogé, et à la date de son hypothèque, sans avoir aucun égard à la priorité ou postériorité des subrogations. Telles sont encore les règles qui doivent être suivies. Je développe les principes auxquels elles remontent, dans des observations générales qui sont en tête du chapitre 4 de cette première partie. On peut voir encore ce qui en est dit, 2e partie,

chap. 1er, 3e sect., § 1er, où je traite des priviléges sur les immeubles.

Néanmoins, je crois devoir présenter ici des observations qui peuvent tendre à quelques modifications de ces règles. Il me semble qu'on devrait distinguer le cas de subrogations qui seraient faites par un créancier à ses droits, dans l'intérêt de son débiteur, ou dans l'intérêt des tiers qui contracteraient avec ce débiteur, du cas où le créancier subrogerait à ses droits dans son propre intérêt, comme, par exemple, si, pour se libérer envers ses propres créanciers, il leur cédait sa créance, et les subrogeait à tous ses droits, priviléges et hypothèques; car la subrogation, en ce sens, est une véritable cession ou transport.

Au premier cas, soit qu'il s'agisse d'une subrogation faite à plusieurs personnes, simultanément, soit qu'il y ait des subrogations faites à différentes personnes, successivement et en différens tems, le principe de concurrence entre ces différentes personnes doit avoir lieu. Le créancier subrogeant est présumé n'avoir voulu accorder aucune préférence à l'un de ces particuliers sur l'autre : il a voulu que tous reçussent ses droits, collectivement, de la même manière qu'il les aurait reçus, seul, personnellement. Le droit de tous les subrogés a le même principe, la même cause et la même faveur; *sunt ejusdem tituli.* Ce droit émane du titre auquel on est subrogé, et il est indépendant de l'époque du payement et de la subrogation. Mais, dans ce cas, si toute la créance ne se trouve pas cédée ; s'il en reste dû une partie au créancier, celui-ci, en venant à un ordre, serait préféré à tous ses subrogés, pour le restant de ce qui lui serait dû. C'est le cas d'appliquer l'art. 1252 du Code civil. Ce que je viens de dire s'applique au cas de la subrogation à une hypothèque légale, affranchie de l'inscription, comme à celui de la subrogation à une hypothèque spéciale, soumise à l'inscription.

Au second cas que j'ai indiqué, il ne devrait pas en être de même. Un créancier qui, pour sa libération, ou autre-

ment, dans son propre intérêt, cède sa créance à ses propres créanciers, avec subrogation, transige avec ceux-ci dans un esprit différent, qui appelle d'autres principes. Soit qu'il s'agisse d'un privilége, d'une hypothèque légale ou d'un droit hypothécaire spécial, lorsqu'il fait des cessions avec subrogation, à diverses personnes successivement, il est sensible qu'à mesure qu'il cède et qu'il subroge, il se dessaisit de sa créance partiellement, et chacun des cédataires subrogés prend la portion de créance qui lui a été cédée, jusqu'à l'épuisement des fonds à distribuer. Ils viennent tous sous une même date de collocation, qui est celle qu'a dû avoir la créance cédée par parties, mais chacun prend ce qui lui a été cédé. Dans le même cas, le subrogeant ne pourrait venir à un ordre pour être payé de ce qui lui serait resté dû, qu'après que tous ses subrogés auraient reçu le montant de leurs subrogations, à moins qu'il n'y eût une convention contraire. Tout ceci rentre dans les principes de la garantie d'une cession de la part d'un débiteur, pour opérer sa libération. On ne peut céder valablement ce qu'on a déjà cédé à un autre.

Il faut cependant observer que dans ce que je viens de dire, j'ai supposé que la créance cédée partiellement avait été inscrite auparavant. Si elle ne l'avait pas été, et si les cédataires prenaient ensuite, chacun séparément, des inscriptions, en vertu de leurs cessions, chaque inscrivant serait payé au rang de son inscription. L'inscription donne un droit d'exclusion contre tout créancier non inscrit, qui n'a point de rang ; et elle donne un droit de préférence contre tout créancier qui ne s'est inscrit que postérieurement.

---

* 2 *Bourjon, Tit. VIII, ch.* 7, *n° CXC, p.* 740. } Entre différens créanciers, tous subrogés à un même privilege, quoique subrogés aux droits d'icelui en différens tems, il y a concours, toute abstraction faite du tems auquel ils ont acquis la subrogation ; leur titre est le même. La

source et la cause de leur privilege, qui sont les mêmes, écartent et font taire l'antériorité ou postériorité des seconds titres, qui remontent tous et également à un premier titre qui leur est commun à tous.

Sur l'ordre des créanciers qui sont subrogés en différens tems à la même hypotheque, voyez Bretonnier, en ses décisions, pag. 381. Par l'arrêt du 10 avril 1677, rapporté dans le journal du palais, il y a entr'eux concours, comme on l'a vu ci-dessus. Ce qui a lieu même à l'égard de celui qui a achevé le remboursement, quoique le premier vendeur aux droits duquel il est subrogé, fût pour ce privilégié aux précédens subrogés. Arrêt du premier mars 1681 ; et c'est le sentiment de Renusson, de la subrogation, ch. 15, n. 14, pag. 417 : sentiment qui est judicieux et juridique ; le privilege du vendeur contre ceux qui lui ont été subrogés, lui étant personnel, et les autres ne pouvant avoir qu'un même privilege.

---

* *Troplong, Priv. et hyp., sur art.* 2097 *C. N., n°* 349 *et s.* } 349. La subrogation est fort différente du transport, de l'indication de payement et de la délégation.

Renusson la définit (1) : La mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier qui *est payé* passent à l'autre qui a fourni ses deniers pour le payement. C'est une fiction par laquelle celui qui a prêté nouvellement ses deniers est réputé entrer en son lieu et place pour exercer les même droits. " Subrogatio est transfusio unius cre-" ditoris in alium, eâdem vel mitiori conditione," dit Dumoulin, *De usuris.*

Quoique cette définition ait besoin de commentaire, je la préfère cependant aux définitions plus modernes qui ont été données dans le *Répertoire de jurisprudence*, et dans les *Questions de droit* de Merlin, v° *Subrogation.* Il faut se défier surtout du parallèle que Merlin établit entre la subrogation et la cession, d'après une consultation qu'on trouve à la fin du traité de Renusson sur la subrogation. A force de vouloir distinguer, le jurisconsulte est tombé dans la subtilité : il ne présente qu'un côté de la subrogation, et il avance même

(1) Ch. 1, n° 10.

des propositions erronées, comme l'a prouvé Toullier (1); propositions qui sont du reste contraires à ce que Renusson enseigne dans le corps de son ouvrage. On sait que c'est un défaut ordinaire des parallèles, de tenir beaucoup moins à la vérité des choses qu'aux aperçus ingénieux.

La subrogation a souvent été confondue avec la cession ou le transport. C'est cette erreur des formalistes qui a beaucoup contribué à brouiller cette matière difficile.

La cession est une véritable vente. Son objet principal et direct est de transporter une créance sur la tête de quelqu'un qui l'achète. Au contraire, la subrogation n'est jamais que l'accessoire d'un payement fait pour libérer un débiteur et éteindre une obligation. Elle adhère toujours à une résolution de contrat, " *est potiùs distractus quàm contractus* (2)."

Dans la cession, la commune intention est d'aliéner et d'acquérir. Au contraire, lorsqu'il se fait un payement avec subrogation, le créancier qui cède ses droits n'a nullement l'intention de vendre. Son objet est de se faire payer ce qui lui est dû. Aussi a-t-on dit avec raison de la subrogation : " *Non est vera cessio, sed successio in locum alterius* (3)."

Mais ces différences entre la cession et la subrogation sont bien plus sensibles lorsque la subrogation, au lieu d'être consentie par le créancier, émane du débiteur, ou même de la loi, comme on le verra *infrà*.

Car alors la subrogation se fait *etiam invito creditore*, tandis que la cession doit être nécessairement l'ouvrage du créancier.

Merlin a dit (4) que la cession transfère la dette même, tandis que la subrogation n'en transmet que quelques prérogatives.

Mais cette proposition, vraie dans certains cas, est fausse

(1) T. VII, n. 119, p. 140 et suiv.

(2) Renusson, ch. II, n. 22.

(3) *Ibid.*, n. 14.

(4) *Rép.*, v° *Subrogation*, p. 25.

dans sa généralité. Il arrive souvent que le subrogé est investi non-seulement du privilége et de l'hypothèque du créancier primitif, mais encore de la créance elle-même. Par exemple, la caution du débiteur d'une rente paye le capital et les arrérages de cette rente au créancier et stipule la subrogation dans icelle. Dans ce cas, suivant Dumoulin (1) et Renusson (2), la caution deviendra créancière de la rente, qui continuera à avoir cours à son profit. La créance est donc réellement transferée.

De même, lorsqu'un créancier postérieur paye un créancier antérieur, et qu'il lui est subrogé de plein droit, ce créancier postérieur a, dit Renusson, *la même action* qu'avait l'ancien, et *le même droit*, la même hypothèque. La loi 3, C. *de his qui in prior. loc. succed.*, dit positivement : " *In jus* " *eorum successisti* (3)." Tel est aussi l'avis de Toullier (4).

Enfin Pothier (5), après avoir montré que par le droit romain celui qui fournissait ses deniers au débiteur pour payer le créancier, n'acquérait pas la créance du créancier, laquelle était éteinte par le payement, mais n'acquérait que l'hypothèque, établit qu'il n'en est pas de même par le droit français, et que le subrogé acquiert non-seulement l'hypothèque, mais encore *la créance elle-même* et les actions qui en dépendent.

Aussi la cour d'Amiens a-t-elle décidé, je crois avec raison, que la caution de l'acquéreur qui paye le vendeur succède non-seulement à son privilége, mais encore à son droit de demander la résolution du contrat (6).

350. La subrogation diffère aussi de la délégation. Car celle-ci a toujours lieu entre trois personnes, et la subro-

(1) *De usuris*, quæst. 89.

(2) Chap. II, n. 24 et 25.

(3) Chap. IV, n. 24.

(4) T. VII, p. 143 et suiv.

(5) Orléans, tit. XX, n. 80.

(6) 9 novembre 1825 (Dalloz, XXVI, 2, 156).

gation entre deux; quelquefois même c'est la loi qui l'accorde.

La délégation a pour but de mettre un débiteur à la place d'un autre. *Delegare est vice suâ reum alium dare creditori*, dit la loi romaine citée ci-dessus.

Au contraire, la subrogation met un créancier à la place d'un autre; c'est un moyen par lequel un débiteur cherche à se procurer un créancier plus complaisant. " *Debitoribus autem prodest* SUBROGATIO *quo facilius viam inviniant dimittandi* acerbiorem creditorem, vel commodiùs mutandi." Ce sont les paroles de Dumoulin (1).

La délégation éteint la dette et par conséquent les priviléges et hypothèques dont elle jouissait.

Au contraire, la subrogation fait survivre les priviléges et hypothèques à la dette payée par le subrogé, et les transfère en la personne de ce dernier.

351. La subrogation n'était pas connue sous ce nom dans le droit romain. Les jurisconsultes l'appelaient " *cessio actionum à lege*, *beneficium cedendarum actionum*, *successio*, " *substitutio* (2)." Quelques interprètes du droit romain lui donnent le nom de *subingressio* quand elle s'opère de plein droit (3). Le mot *subrogation*, tel que nous l'employons, nous vient du droit canonique (4).

C'était même quelque chose de fort obscur que tout ce qui se rattachait à la matière des subrogations, comme on peut le voir par ce que dit Loyseau, dans son Traité des offices (5), et par le traité de Renusson, sur la subrogation. Mais on sent que ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette matière, qui appartient principalement au titre des obligations, et qui n'est ici qu'un accessoire. Je me bornerai à

(1) *De usuris*, quæst. 37.

(2) Renusson, ch. II, n° XIV.

(3) Olea, *De cessione jurium.*

(4) Renusson, ch. I, n° 8.

(5) Liv. III, ch. VIII, n°s 57 et suiv.

rappeler quelques détails nécessaires pour se mieux pénétrer des règles consacrées par notre article.

352. La subrogation est *conventionnelle* ou *légale*. La subrogation conventionnelle peut être octroyée, tant par le créancier qui reçoit son payement d'une tierce personne, que par le débiteur qui emprunte.

353. 1° La subrogation peut être octroyée par le créancier lorsque celui-ci reçoit son payement d'un tiers. Le créancier désintéressé subroge alors le tiers qui le paye dans ses droits, actions, priviléges et hypothèques. Cette subrogation doit être expresse, et faite en même temps que le payement. Elle ne peut être faite *ex intervallo*. On en sent la raison, car le payement non accompagné d'une *prompte cession d'actions*, comme dit Loyseau, bien loin de transférer la dettte ou l'hypothèque, l'éteint et l'amortit tout à fait (1). Je dois dire cependant que les Romains n'exigeaient une convention expresse de subrogation que pour le cas où un tiers payait un créancier *ayant hypothèque*. Mais lorsque ce tiers payait un créancier *privilégié*, il lui était subrogé de plein droit, et sans stipulation, ainsi que le dit Ulpien dans la loi 24, § 11, D., *de reb. auct. jud.*; il suffisait que l'argent fut parvenu ès mains du créancier privilégié. " Eorum ratio prior est creditorem, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit (2)." Telle était aussi la jurisprudence française, ainsi que l'attestent Loyseau (3), Brodeau sur Louet (4), d'Olive (5), Renusson (6), Pothier (7); et c'est en quoi Toullier a commis

(1) *Offices*, liv. III, chap. VIII, n° 67; l. *Solvendo*, D. *de neg. gestis;* d'Olive, liv. IV, ch. XIV; Cujas, *Observ.*, liv. XVIII, ch XL; Pothier, *Pand.*, t. I, p. 569, n° 6.

(2) Cujas, *Observ.*, liv. XVIII, ch. XI, et *Quæst. Pauli*, lib. III, sur la loi *Aristo*; Renusson, ch. III, n. 28, 29 et 31.

(3) *Off.* liv. III, ch. VII, n. 4.

(4) Lettre E, n. 38.

(5) D'Olive, liv. IV, ch. XIV.

(6) Chap. III, *loc. cit.*

(7) *Oblig.*, n. 521.

une erreur lorsqu'il a dit (1) qu'il n'y avait pas de différence par le droit romain entre la transmission de l'hypothèque et celle du privilége par voie de subrogation, lorsque cette transmission était consentie par le créancier. Il est certain que dans un cas il fallait une stipulation, et que dans l'autre la transmission s'opérait de plein droit. Mais par le code civil, cette différence, dont il n'y a pas de motifs plausibles, n'existe plus ; car l'art. 1250, n° 1, exige une clause expresse, soit pour le privilége, soit pour l'hypothèque.

Du reste, il faut remarquer que le créancier n'est pas obligé de donner la subrogation (2). Il peut s'y refuser, ne fût-ce que dans l'intérêt du débiteur, afin de ne pas l'exposer à tomber entre les mains d'un créancier avare.

Néanmoins, comme ce refus pourrait souvent être capricieux, on a évité cet inconvénient en permettant que la subrogation se fît par le débiteur. C'est la deuxième manière dont s'opère la subrogation conventionnelle. J'en parlerai (3) tout à l'heure.

353. 2°. De tous les genres de subrogation, la subrogation octroyée par le créancier est celle qui a le plus de rapport avec la cession. C'est même en l'assimilant à la vente que les jurisconsultes l'introduisirent dans le droit sous le titre de *Beneficium cedendarum actionum*. En effet, le payement éteint la dette et toutes ses garanties. Comment donc le créancier qui reçoit son payement peut-il céder des droits qui cessent de subsister au moment même où le payement est effectué ? Pour éluder cette difficulté, les jurisconsultes romains imaginèrent de dire que la somme donnée en payement au créancier était moins un payement, que le prix de la cession des actions faite par le même créancier. " Non enim in

(1) T. VII, n. 158.

(2) L. *nulla*, C. *de solut.;* Basnage, *Hyp.*, chap. XV ; Loyseau, liv. III, ch. VIII, n° 27 ; d'Olive, liv. IV, ch. XIV.

(3) *Infrà*, n° 354.

" solutum accepit, dit Paul (1) ; sed quodammodo nomen " debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad " id ipsum ut præstet actiones." C'est aussi ce que dit Modestin dans la loi 76 *de solut.* (2).

Toullier a conclu de ces textes que le créancier qui consent à une subrogation, est obligé à la garantie, de même que dans la cession (3). Mais c'est une erreur réfutée d'avance par Renusson, Dumoulin et Pothier. Dumoulin dit en effet : " *Creditor non tenetur cedere actiones cum hoc onere ut sint* " *efficaces, sed simpliciter quales habet* (4)." — " Le créancier qui a consenti la subrogation, dit Renusson, n'est obligé à aucune garantie : *suum recepit.* Le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige (5)." Et ailleurs : " La simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, a bien quelque effet semblable à la vente et à la cession et transport, mais non pas tous leurs effets... Car le *créancier qui aura consenti la subrogation ne sera pas garant ; la rente sera éteinte à son égard* (6)."

En effet, ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé au créancier est censé avoir plutôt acheté de lui la créance que l'avoir payée (7). Aussi Paul dit-il : " *quodammodo vendidit.*" Remarquez, toutefois, que si le créancier payé et subrogeant n'était pas créancier, soit parce qu'il eut déjà été payé, soit parce que son titre n'était pas véritable, il y aurait lieu à recourir contre lui ; mais ce ne serait pas, à proprement parler, par l'action en garantie, ce serait plutôt par la *condictio indebiti.* Car il aurait reçu ce qui ne lui était pas dû (8).

(1) L. 36, D. *de fidejussor.*; Pothier, *Pand.*, t. III, p. 337, n° 46.
(2) Cujas, sur cette loi ; Pothier, *Pand.*, tome III, p. 337, note *c*, et 338.
(3) T. VII, p. 141.
(4) *De usuris*, n°s 672 et suiv.
(5) Chap. II, n° 22.
(6) Chap. II, n° 25 ; Pothier, Orléans, tit. XX, sect. V.
(7) Pothier, ibidem.
(8) Renusson, ch. II, n° 22.

D'Olive (1) examine la question de savoir si le créancier qui a reçu son payement *comme premier créancier* est sujet à garantie, lorsque de fait il n'a pas le premier rang. Il se prononce pour l'affirmative, et s'appuie d'un arrêt du parlement de Toulouse, du 15 juillet 1637.

Je crois cette solution bonne, quand il est bien prouvé que c'est uniquement à cause de son hypothèque, qu'on croyait la première, que le créancier a reçu payement de quelqu'un qui ne lui devait rien. Mais ce cas ne peut pas favoriser beaucoup le système de Toullier. Car il s'agirait ici d'erreur, et ce serait l'erreur qui ferait annuler le payement.

On pourrait même dire que, l'objet du traité portant principalement sur le rang, le créancier a fait plus que d'agir pour recevoir son payement, qu'il a encore agi dans l'intention de vendre et d'acquérir. Ce qui nous ramènerait à une cession proprement dite (2), et donnerait ouverture à la garantie. Mais, je le répète, il faudrait que cette intention fut claire. En général, le créancier n'a pour objet principal que de recevoir son payement, et nullement de vendre.

354. 2° La subrogation peut être octroyée par le débiteur; comme, lorsque, par exemple, Pierre emprunte de l'argent pour payer Jacques, son créancier privilégié, et subroge son prêteur à tous les droits de ce dernier.

Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement; et que dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis par le nouveau créancier (art. 1250 du code civil).

Nous avons déjà vu deux exemples de cette subrogation (3).

Loyseau (4) nous apprend qu'il y avait de son temps des

(1) Liv. IV, ch. XXVI.
(2) *Suprà*, n° 349.
(3) Voy. sur l'art. 2103, §§ 2 et 5.
(4) *Off.*, liv. III, ch. VIII.

formalistes qui ne pouvaient se persuader que le débiteur pût subroger, à la place de l'ancien créancier privilégié, celui qui faisait sa condition meilleure. Il leur paraissait extraordinaire que l'action et le privilége pussent passer d'une personne en une autre, sans transport de celui qui en est investi.

Mais Loyseau répond aux scrupules de ces *modernes praticiens*, d'abord par les lois *si prior*, § *à Titio*, D.; *qui potior in pignorib.*, 1 C.; *de his qui in prior. cred. loc. succed.* 7, § 6; *de reb. eor.* Ensuite il s'appui de l'opinion du prince de nos docteurs français, *Dumoulin* (1), dont voici les termes : " Non " requiretur istam cessionem fieri cum primo creditore vel " eo sciente : sed sufficit fieri cum solo debitore vel eum re- " præsentante. Sicque iste secundus creditor nullam causam " habet à primo, sed solùm causam habet à debitore. Et " tamen succedit in jus primi, *saltem in jus simile et æque* " *potens*, etiàm in præjudiciam intermediorum creditorum, " quibus tamen non dicitur damnum inferri, sed lucrum " non afferri, quia duntaxat novissimus iste loco primi su- " brogatur, eodem aliquo statu remanente. Ideo hoc *tolera-* " *tur*, licet non interveniat factum primi. Et merito est jure " introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus " damnum non infert, debitoribus autem prodest quo faci- " liùs viam inveniant dimittendi acerbiorem creditorem, vel " commodiùs mutuandi." On peut voir aussi d'Olive, liv. IV, chap. XIV. Néanmoins, l'autorité du droit romain et des grands jurisconsultes, qui s'en étaient faits les défenseurs, ne put vaincre tout à fait les préjugés, et il fallut qu'un édit de 1609 établit que le débiteur pouvait subroger sans le concours du créancier (2).

354 2°. Lorsque la subrogation se fait par le débiteur, les Romains faisaient une distinction entre le cas où il s'agissait d'un privilége personnel et celui où il s'agissait d'une hypothèque.

(1) *De usuris*, n. 276.
(2) Loyseau, *loc. cit.*

[ARTICLE 1987.]

Lorsqu'il s'agissait de subroger à un privilége, la loi n'exigeait qu'une condition, savoir, que l'argent eût été donné avec réserve qu'il serait payé aux créanciers privilégiés, et qu'en effet les créanciers fussent payés ; ou bien que, sans convenir que l'argent serait donné aux créanciers, il fut prouvé par l'événement qu'il leur fut parvenu par les mains du débiteur, *si modo non post aliquod intervallum* (1). Je dis que la seconde de ces circonstances suffisait sans l'autre, quoique Toullier (2) semble croire qu'elles fussent cumulativement obligées. Car le texte de ces deux lois, loin d'exiger leur réunion, présente l'emploi effectif des deniers prêtés comme étant de nature à acquérir de plein droit la subrogation. C'est ainsi, du reste, que les ont entendues la glose (3), Cujas (4) et Pothier (5).

Au contraire, lorsqu'un tiers étranger prêtait au débiteur pour payer un *créancier hypothécaire*, il n'avait la subrogation qu'autant qu'il la requérait expressément. Vainement eût-il prouvé que l'argent était parvenu dans les mains du créancier hypothécaire (6), ou qu'il n'avait prêté que pour le payer (7). Tout cela était inutile sans la clause expresse de subrogation (8).

Il n'est pas facile d'expliquer pourquoi les Romains avaient établi cette différence entre la transmission par subrogation des *priviléges*, et la transmission par subrogation des *hypothèques*.

(1) L. 24, § 3, D. *de reb. auct. jud.;* l. 2, D. *de cessione bonor.;* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 186, n. 33.

(2) T. VII, n. 158.

(3) Sur la loi *si ventri.*

(4) *Observ.*, liv. XVIII, ch. IV.

(5) T. III, p. 186, n. 23, *Pand.*

(6) L. 2, C. *de his qui in prior.;* Pothier, *Pand.*, tome 1, p. 569, n. 6.

(7) L. 3, D. *quæ res pignori ;* Pothier, *loc. cit.*

(8) L. 1, C. *de his qui in prior.;* l. 3, C. *de privil. fisci ;* Cujas, *Observ.*, lib. XVIII, cap. XL ; Renusson et autres, cités *suprà*, n. 353.

Par le code civil, la même distinction n'existe plus. Soit qu'il s'agisse de privilége, soit qu'il s'agisse d'hypothèque, il suffit que dans l'acte d'emprunt on stipule la destination, et que la quittance donnée par le créancier prouve l'emploi. Alors il y a subrogation, quand même cette subrogation n'aurait pas été expressément stipulée. Car elle sort implicitement du concours de la destination des fonds prêtés et de l'emploi.

355. La subrogation de plein droit à lieu d'après l'art. 1251 du code civil :

1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.

Par le droit romain, le créancier hypothécaire postérieur, qui payait le créancier premier en hypothèque, était subrogé *de plein droit* à celui-ci, parce qu'il était réputé n'avoir fait ce payement que pour devenir premier et principal créancier (1). On sait que dans les principes du droit romain, il n'y avait que le premier créancier qui pût faire vendre le gage hypothécaire. Il suivait de là que les créanciers postérieurs étaient souvent exposés à attendre leur payement, et qu'ils dépendaient du premier créancier, appelé *potior creditor*. Pour remédier à cet inconvénient, les lois accordaient le droit d'offrir (*jus offerendi*), par lequel le créancier postérieur offrait au premier créancier de le payer comptant, et en ce faisant, il était subrogé de plein en son lieu et place.

En France, il était de règle, autrefois comme aujourd'hui, que tous les créanciers indistinctement pussent faire vendre le gage hypothécaire. C'est sur cette différence du droit français et du droit romain que plusieurs jurisconsultes, d'un très-grand poids, avaient pensé que le droit d'offrir n'avait pas lieu en France,et que si un second créancier en

(1) C. *de his qui in prior, loc. succed.*; Renusson, chap. IV ; Pothier, t. I, p. 570.

payait un premier, il n'entrait pas dans ses droits sans cession expresse (1).

Mais l'opinion la plus commune était que, comme dans beaucoup de cas il pouvait être utile au créancier postérieur de payer le premier créancier, il y avait lieu à maintenir la subrogation de plein droit, accordée par les lois romaines (2).

L'on voit que c'est ce dernier sentiment que le code a fait prévaloir (3).

356. Mais on demande si sous la législation actuelle le droit d'offrir appartient au créancier chirographaire ou simplement au créancier hypothécaire.

Dans l'ancienne jurisprudence, il était certain que le créancier chirographaire qui payait un créancier privilégié ou hypothécaire ne lui était pas subrogé de plein droit; on considérait le créancier chirographaire comme un créancier étranger, qui aurait payé sans requérir ou stipuler de subrogation (4).

Grenier pense, dans son Traité des hypothèques (5), qu'il doit en être de même sous le code civil. Mais Toullier (6) est d'avis que l'article 1251 du code civil s'applique dans sa généralité à tout créancier quelconque, quand même il ne serait que créancier personnel. Il suffit, dit-il, qu'il soit créancier.

Je crois que cette dernière opinion est la meilleure. D'abord, dans l'ancienne jurisprudence on pouvait dire avec

(1) Loyseau, *Off.*, liv. III, ch. VIII, n. 66.

(2) Favre, *De errorib. pragmat.*, cap. IV, lib. I; Brodeau sur Louet, lettre C. n. 38; Renusson, ch. IV, n. 20; Basnage, *Hyp.*, ch. XV.

(3) Voy. *infrà*, n. 752 et suiv., divers exemples de l'utilité de la subrogation légale dans le cas de concours de l'hypothèque générale avec l'hypothèque spéciale.

(4) Leprestre, cent. 1, chap. LXIX, p. 196; Dumoulin, *De usuris*, n. 176; Corvinus, *Enarrat*, lib. VIII, tit. IX; Perezius, *Prælect.*, idem; Basnage, *Hyp.*, chap. XV; Domat, liv. III. tit. I, sect. VI.

(5) T. I, n. 91, p. 179.

(6) T. VII, n. 140, p. 183.

raison qu'un créancier personnel devait être assimilé à un étranger. Car il n'avait aucun droit sur les biens et il ne pouvait les faire vendre. S'il eût eu un titre authentique, condition nécessaire pour exproprier, il eût eu nécessairement une hypothèque. Mais aujourd'hui on ne peut pas dire d'une manière aussi étendue qu'un créancier personnel n'a aucun droit sur les biens ; car s'il est porteur d'un titre authentique, quoique dépourvu d'hypothèque, il peut les faire saisir (art. 2213 du code civil).

Les biens sont donc son gage, sauf la préférence des priviléges et hypothèques, et ce serait dès lors une grande erreur que d'assimiler le créancier personnel à l'étranger qui paye pour le débiteur.

De plus, quels sont les motifs qui ont fait maintenir en France le droit d'offrir ? On a vu que c'etaient des raisons absolument étrangères au droit romain.

Renusson (1) dit que " c'est pour le bien de la paix, pour " éviter les contestations et les frais qui s'augmentent et " multiplient par le nombre des créanciers." Et ailleurs (2) " que le créancier paye pour réunir en sa personne le droit " de l'ancien créancier qui pourrait le traverser, le troubler, " et faire des frais qui consomment la chose hypothéquée."

Basnage dit aussi (3) " que c'est pour éviter les frais que " pourrait faire le précédent créancier et qui absorberaient " le prix de la chose."

Ces motifs s'appliquent évidemment au créancier chirographaire, et je pense qu'on ne peut douter que le code n'ait dérogé à l'ancienne jurisprudence.

357. Renusson pensait que le créancier antérieur qui payait le créancier postérieur lui était subrogé de plein droit pour le payement. " En effet, dit cet auteur, il peut arriver " qu'un créancier antérieur, pour ménager le bien du débi-

(1) Chap. IV, n. 9.

(2) *Loc. cit.*, n. 13.

(3) Chap. XV.

" teur commun et éviter la contestation, voudra payer le
" créancier postérieur, et en ce cas il est raisonnable que le
" créancier antérieur ait pareil avantage que le postérieur,
" c'est-à-dire qu'il soit pareillement subrogé, de plein droit,
" au créancier postérieur par le payement ; et même par le
" droit romain le créancier antérieur avait *jus offerendi* pré-
" férablement au créancier postérieur ; il pouvait avoir inté-
" rêt de se conserver la chose hypothéquée, et d'exclure le
" créancier postérieur en lui payant ce qui lui était dû : et
" cela doit avoir lieu parmi nous encore à plus forte raison,
" parce que, suivant notre usage, tous créanciers hypothé-
" caires ayant droit de poursuivre leur payement et de faire
" vendre le bien de leur débiteur, il pourrait arriver que le
" bien du créancier étant de peu de valeur, pourrait être
" consommé en frais par un créancier postérieur qui le ferait
" vendre ; le créancier antérieur payant le créancier posté-
" rieur pour faire cesser la poursuite et empêcher les frais,
" il est bien juste que par le payement il soit subrogé de
" plein droit (1)."

Toullier estime que cette doctrine doit encore être suivie. Mais elle me semble formellement proscrite par le texte même de l'art. 1251, n° 1, qui n'accorde la subrogation légale qu'au créancier qui paye un autre créancier *qui lui est préférable*. Grenier (2) est aussi de ce dernier sentiment.

En effet, la subrogation est de droit étroit. Elle ne doit avoir lieu que dans les cas exprimés par la loi ou par la convention (3).

358. 2° La subrogation de plein droit a encore lieu au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ou affecté par privilége (art. 1251, n° 2).

(1) Chap. IV, n. 14.

(2) T. I, n. 91, p. 180.

(3) Renusson, ch. V, n. 18.

Cela est conforme au droit romain (1) et à l'ancienne jurisprudence française (2). Il faut cependant convenir que Pothier, donnant un autre sens aux lois romaines, soutenait que la subrogation n'avait lieu que si elle était stipulée, et qu'en avouant que la jurisprudence inclinait en France pour la subrogation de plein droit, il l'attribuait à des motifs étrangers aux lois romaines (3).

Quoi qu'il en soit, le bénéfice principale de cette subrogation est que, lorsque l'acquéreur a ainsi payé, et qu'il est troublé dans la suite par des créanciers postérieurs au créancier indemnisé, il peut se défendre contre eux en se prévalant des prérogatives du créancier préférable dont il est le subrogé; ou bien que, s'il délaisse l'héritage par lui acquis, pour le laisser vendre par expropriation forcée, il doit être mis en ordre sur le prix, comme subrogé aux droits du créancier qu'il aurait payé (4).

Il était de toute justice d'accorder cette subrogation légale, car l'acquéreur n'ayant payé les créanciers privilégiés ou hypothécaires que pour se conserver la possession de la chose par lui acquise, il faut que, s'il vient à quitter cette possession, il ne soit pas frustré de ce qu'il aurait payé, et qu'il soit mis en ordre sur le prix de la chose acquise, suivant l'hypothèque du créancier payé (5).

359. Renusson examine, sur cette espèce de subrogation légale, beaucoup de questions ardues que je négligerai ici, parce qu'elles rentrent plutôt dans la matière des obligations.

Je ne puis cependant m'empêcher de parler de la difficulté suivante. Lorsqu'un acquéreur paye un créancier de son

(1) L. 17, D. *qui potior;* l. 3, C. *de his qui in prior. loc.;* Cujas, sur ce titre du Cod.

(2) Louet, lettre C, n. 38; d'Olive, chap. XIV, liv. IV; Renusson, ch. V.

(3) Orléans, tit. XX, n. 73.

(4) Renusson, ch. V, n. 2.

(5) Idem, ch. V, n. 3.

vendeur, la subrogation doit-elle avoir lieu sur tous les biens du vendeur qui étaient obligés et affectés par privilége au créancier qui a été payé, ou bien la subrogation a-t-elle son effet limité sur la chose acquise ?

Renusson a traité cette question avec sagacité dans son chapitre V, et il se fonde sur les lois 17, D. *qui potior*, et 3 au C. *de his qui in prior. loc.*, pour décider que la subrogation est limitée à la chose acquise. Telle était aussi l'opinion universelle (1).

Par exemple, je vous vends pour 30,000 francs la moitié du fonds Sempronien, sur la totalité duquel Leduc a un privilége pour cause de vente.

Vous avez l'imprudence de me payer comptant cette somme de 30,000 francs, montant du prix de votre acquisition.

Quelque temps après, je vends à Laboulie l'autre moitié du fonds Sempronien pour 30,000 francs.

Mais Leduc exerce contre vous l'action hypothécaire, et vous lui payez les 30,000 francs pour conserver la libre possession de votre portion du fonds Sempronien.

Pouvez-vous, en vertu de la subrogation légale, exercer le privilége du créancier payé sur l'autre portion vendue à Laboulie ?

J'ai dit que cela ne se pouvait pas dans l'ancienne jurisprudence. Le seul avantage que pût vous procurer la subrogation était de vous défendre contre les créanciers postérieurs, et de leur être préféré sur l'immeuble par vous acquis.

Mais, sous le code civil, il semble qu'on peut aller plus loin, en vertu du n° 3 de l'art. 1251, qui accorde la subrogation à celui qui, étant tenu pour d'autres, paye la dette qu'il avait intérêt à acquitter.

Or, l'acquéreur qui paye le créancier privilégié pour échapper au délaissement, est tenu pour le vendeur ; il paye pour le vendeur ; dond il est subrogé aux droits que le cré-

(1) Argou, *Droit français*, liv. IV, ch. V, tit. II ; Pothier, *Oblig.*, n. 521, et sur Orléans, tit. XX, n. 73.

ancier payé avait contre ce même vendeur, et l'on se trouve placé hors du cas prévu par les lois romaines invoquées par Renusson (1).

La difficulté a cependant été jugée en sens contraire par arrêt de la cour de Bourges du 10 juillet 1829 (2). Mais je crois que cette décision ne peut pas faire impression. La cour de Bourges ne répond pas à l'argument tiré de l'article 1251, n° 3. Elle s'est laissé influencer par d'anciens principes, qui restreignaient la subrogation, tandis que la nouvelle législation lui donne une salutaire extension.

360. La subrogation légale s'opère en troisième lieu au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.

Cette subrogation s'applique aux cautions, aux débiteurs solidaires, aux associés en matière de commerce, parce qu'ils sont tenus solidairement (3).

Tout le monde sait que cette disposition du code civil est de droit nouveau, et que, par le droit romain et par le droit français ancien, la caution qui payait pour le débiteur principal n'était subrogée au créancier qu'autant qu'elle s'était fait accorder le bénéfice *cedendarum actionum* (4).

Mais le code civil a préféré le sentiment de Dumoulin, qui, dans la première de ses leçons solennelles faites à Dôle, soutint, contre l'opinion unanime, que le codébiteur solidaire était subrogé de plein droit.

Les cas que j'ai indiqués, par forme d'exemples, où un individu étant tenu avec d'autres et pour d'autres a intérêt

(1) Delvincourt, t. II. p. 360, note 7; Toullier, t. VII, n. 145, p. 186, note 2, p. 188 ; Grenier, *Hyp*, t. II, n. 496, p. 439. Arrêt de cassation du 15 juin 1833 (Sirey, XXXIII, 1, 81 : Dalloz, XXXIII, 1, 142).— Arrêt de Paris du 20 décembre 1834 (Sirey, XXXVI, 2, 159 ; Dalloz, XXXV, 2, 144).—Autre arrêt de Paris du 19 décembre 1835 (Sirey, XXXXI, 2, 161 ; Dalloz, XXXVI, 2, 79).

(2) Dalloz, XXIX, 2, 272, et Dalloz, *Hyp.*, p. 357, note 1. *Infrà*, n. 789.

(3) Voy. le numéro précédent.

(4) Renusson, chap. VII ; Pothier, *Pand.*, t. III, p. 337, et *Oblig.*, n. 280.

d'acquitter la dette, ne sont pas les seuls. Il peut s'en présenter beaucoup d'autres. C'est au magistrat à les distinguer (1).

361. En quatrième et dernier lieu, la subrogation légale a lieu au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

Cette subrogation a été introduite par la jurisprudence française pour encourager les héritiers bénéficiaires à démêler au plus vite les affaires de la succession (2).

362. On a vu dans les numéros précédents par quelles voies de droit un créancier prend la place d'un autre dans les priviléges dont il est investi, et les exerce à son profit dans toute leur plénitude.

J'en aurais dit assez, si le système de publicité qui distingue notre régime hypothécaire n'obligeait quelquefois les cessionnaires du privilége à des formalités qui doivent occuper notre attention.

363. Et d'abord, je vais parler de celui qui, en vertu d'un transport, est appelé à exercer un privilége.

S'il s'agit d'un privilége sur les meubles, le cessionnaire n'est soumis à aucune formalité d'inscription. Il est investi, par son titre, d'un droit aussi étendu que son cédant, et il peut se présenter à la distribution pour obtenir le rang de préférence auquel il a droit, pourvu que son transport ait été signifié au débiteur ou que celui-ci l'ait accepté par acte authentique. Sans cela le cessionnaire se verrait repoussé par l'exception de défaut de qualité.

Mais s'il s'agit d'un privilége sur les immeubles, toujours sujet à inscription, il faut distinguer si le cédant a pris inscription avant la cession, ou s'il n'a pas rempli cette formalité.

Si le cédant a pris, avant le transport, une inscription de nature à conserver son privilége, le cessionnaire en est

(1) Voy. un exemple au numéro précédent.

(2) Lebrun, *Successions*, liv. III, ch. IV, n. 19.

investi par l'existence même de la cession, et le bénéfice de l'inscription lui profite, de telle sorte qu'il n'est obligé de faire aucun acte de publicité pour mettre au grand jour les nouveaux droits qu'il acquiert (1). Et en effet, qu'importe aux tiers intéressés que les droits du cédant soient exercés personnellement par lui ou par quelqu'un qui le représente? Néanmoins, il est prudent que le cessionnaire prenne une inscription en son nom personnel. Car un cédant de mauvaise foi pourrait, d'accord avec ses créanciers, donner mainlevée de son inscription et nuire au cessionnaire, ainsi qu'on l'a vu dans une espèce jugée par la cour de cassation, le 5 septembre 1813 (2).

364. Mais si le privilége n'était pas inscrit lorsque la cession a eu lieu, alors c'est au cessionnaire à prendre inscription, et il peut le faire comme aurait pu faire le cédant luimême (3).

Il suffit qu'il prenne inscription en vertu du titre du cédant. Il n'est pas nécessaire qu'il fasse mention de la cession, quand même il prendrait inscription en son *nom personnel*, ainsi que l'a jugé la cour de cassation par son arrêt du 25 mars 1816 (4).

Cet arrêt est fondé sur ce que le titre dont la loi ordonne l'énonciation dans l'inscription, est le titre originaire, constitutif du privilége ou de l'hypothèque. Déjà la cour de cassa-

(1) *Infrà*, n. 377.

Add. Tarrible dit, n. 72: "Le défaut d'authenticité du transport ne produirait donc d'autre effet que celui d'autoriser les créanciers a continuer de procéder avec la personne du cédant, et le débiteur à faire le payement entre les mains du même cédant." Op. conf. de Battur, n. 128.

(2) Denev., XIII, 1, 503 ; *infrà*, n. 377.

Add. Op. conf. de Zachariæ, § 279; de Tarrible, sect. V, n. 10.

(3) Toutefois le renouvellement d'inscription faite pour la créance totale par le créancier qui en avait cédé une portion profite au subrogé. Arrêt de Bordeaux du 7 mai 1836 (Dalloz, XXXVII, 2, 61; Sirey, XXXVII, 2, 488).

(4) Sirey, XVI, 1, 233 ; Dalloz, *Hyp.*, p. 263.

tion avait décidé cette question en ce sens, par arrêts des 15 ventôse an XIII (1), 4 avril 1810 (2), 7 octobre 1812 (3).

Elle a confirmé cette jurisprudence par un arrêt du 11 août 1819 (4).

J'aurai, au surplus, occasion de la justifier par de nouvelles raisons, en parlant des formalités de l'inscription des priviléges et hypothèques (5).

Je conclus de tous ces arrêts que Grenier est tombé dans une erreur palpable, lorsqu'il a soutenu que le cessionnaire ne pouvait prendre inscription en son nom personnel, qu'autant qu'il était cessionnaire *par acte authentique* (6). Il est

(1) Dalloz, v° *Emigré*, p. 807 ; Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, p. 868, col. 2.

(2) Sirey, X, 1, 218 ; *Répert* v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 10, n 1, p. 867. Dalloz ne donne pas le texte de cet arrêt ; il n'en indique que la date. *Hyp.*, p. 263, note.

(3) Dalloz, *Hyp* , p. 271 et 272 ; Sirey, XIII, 1, 111.

(4) Dalloz, *Hyp.*, p. 309 ; Sirey, XIX, 1, 490.

(5) N. 679 et 682.

Add. Quoique Batur n'admette pas l'inscription en vertu d'une cession sous seing privé, il dit, n. 128 : " Si cependant le cessionnaire qui n'aurait point signifié son transport au débiteur, ou qui n'aurait pas fait accepter, par acte authentique, le transport à ce débiteur, avait fait élection d'un nouveau domicile sur le registre des hypothèques, il me semble que cela devrait suffire pour qu'on dût faire les modifications à ce cessionnaire, parce que cette élection fait connaître qu'il est maître de la créance d'autant mieux que l'on y mentionnera l'acte authentique de transport. C'est la judicieuse observation de Carrier, *Traité des hypothèques*,

(6) *Hyp.*, t. II, p. 226 et 227, n. 389.

Add. L'opinion de Grenier est partagée par Ernst, p. 106, q. 3 ; par Tarrible, n. 72.

Grenier dit : " Mais aux termes de l'art. 1690, le cessionnaire du créancier privilégié ne serait saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport que le débiteur aurait faite dans un acte authentique. Il suit de cette disposition que la cession doit être faite par acte authentique, dès que l'acceptation ne peut avoir lieu que de cette manière. Aussi voit-on dans l'art. 2152, relatif au changement de domicile dans les inscriptions,

clair qu'un acte sous seing privé lui suffit, puisque la loi n'exige que l'indication du titre du cédant ; aussi la cour de cassation a-t-elle décidé, par l'arrêt du 11 août 1819 que je viens de citer, qu'un cessionnaire pouvait, en vertu d'un acte sous seing privé, *renouveler* en son nom l'inscription hypothécaire de son cédant, et je ne vois pas qu'il y ait de différence entre la première inscription à prendre et le renouvellement. De même, dans l'espèce jugée par l'arrêt du 4 avril 1810, le sieur de Bausset était cessionnaire du sieur de Nauroy, par acte sous seing privé, et il ne vint dans l'idée de personne d'attaquer cette forme de son titre, quoiqu'il eût pris inscription sur le sieur Lesenechal Kerkado de Molac, en son nom personnel. Au surplus, Grenier enseigne lui-même, au tome Ier de son ouvrage, page 154, alinéa premier, que le cessionnaire d'une créance hypothécaire par acte sous seing privé peut prendre inscription *en son nom personnel*, et il s'étonne qu'on puisse avoir une opinion contraire (1).

365. C'est une question controversée que de savoir si le cessionnaire peut valablement prendre une inscription *en son nom*, avant la signification du transport au débiteur.

Un premier arrêt de la cour de Paris, du 10 ventôse an XII (2), a décidé la négative. Cette cour pensa que, dans ce cas, les créanciers du débiteur cédé pouvaient faire annuler cette inscription, comme prise *à non domino*.

Mais, par un second arrêt du 13 ventôse an XIII, la même cour a décidé, qu'encore que l'inscription eut été prise avant

que ce changement peut être fait par celui qui a requis l'inscription, par ses représentants ou cessionnaires *par acte authentique*. Du reste, si la cession n'était point faite par acte authentique, de même que si elle n'avait pas été notifiée, la seule chose qui en résulterait, c'est que tous les actes pour la conservation et la liquidation du privilége devraient être faits au nom du cédant contre lui."

(1) C'est aussi l'opinion de Delvincourt, t. III, n. 3, p. 166.

(2) Dalloz, *Hyp.*, p. 264, note 1, n. 3 ; Sirey, IV, 2, 704.

toute signification du transport, on ne pouvait demander la nullité de cette inscription (1).

Cette décision me paraît beaucoup plus juridique. Auiss la cour de cassation a-t-elle jugé la question dans ce dernier sens par ses arrêts des 25 mars 1816 et 11 août 1819, cités ci-dessus (2).

En effet, la signification du transport n'est exigée que lorsqu'il s'agit d'empêcher le débiteur de payer au cédant, ou lorsqu'il s'agit de procéder par voie exécutive et d'exproprier le débiteur. Mais l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire (3).

366. Lorsque le créancier privilégié a cédé son droit à différents cessionnaires porteurs de titres successifs, ils concourent entre eux et ne peuvent se prévaloir de la date de ces titres pour prétendre une préférence les uns sur les autres.

La raison en est que les priviléges s'estiment non par le temps, mais par la cause, et que, d'après l'article 2097, les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence.

Je renvoie à ce que j'ai dit à ce sujet, n° 83 et suivants, et particulièrement à l'arrêt de la cour de cassation, du 4 août 1817, que j'ai cité n° 89, et qui décide positivement que les cessionnaires d'une même créance privilégiée ont un droit égal, quoique le titre de l'un soit antérieur aux titres des autres. C'est aussi l'avis de Grenier (4).

Je fais observer néanmoins que, d'après l'arrêt de la cour de cassation, dont les considérants doivent être remarqués,

(1) Sirey, V, 2, 556. Dalloz ne donne pas le texte de cet arrêt, et se contente d'en énoncer la date. *Hyp.*, p. 263, note.

(2) N° 364.

(3) Voyez, au surplus, sur cette question et sur une question analogue, mon *Commentaire de la Vente*, t. II, n. 893 et 894. On y trouvera la discussion d'un arrêt de la cour de cassation du 22 juillet 1828, qu'il n'est pas inutile de rappeler ici.

(4) Tit. II, p. 222, n. 389.

il semble que le cédant peut, par des stipulations expresses, établir une préférence entre les portions de la créance transportée. Car la vente est susceptible de toutes les conditions et modifications. et les cessionnaires devraient respecter les engagements auxquels ils se seraient assujettis (1).

367. Si le créancier privilégié avait cédé une portion seulement de sa créance, et qu'il fût resté propriétaire du surplus, il pourrait se présenter une difficulté sur le rang qu'il faudrait lui assigner, en cas d'insuffisance des deniers distribués.

Par exemple, Pierre est créancier de Jacques, de 50,000 francs, pour une terre qu'il lui a vendue.

(1) Voir *suprà*, n. 107, note 3.

Add. Op. conf. de Grenier, n. 389, où il dit: " C'est ce que font les notaires habiles qui appellent l'attention des parties sur le cas où le montant de toute la créance qui est cédée partiellement, ne rentrerait pas en entier, et sur les moyens d'éviter la concurrence qui donnerait lieu à une contribution au marc le franc. Ce règlement d'ordre a le double avantage d'éviter des contestations entre les cedataires, et de plus entre eux et le cédant. En effet, s'il n'y a pas de stipulation précise, celui-ci, s'il reste dû quelque portion de la créance au delà de ce qu'il a cédé, est toujours présumé se l'être réservée au préjudice des cédataires. La cour de cassation a confirmé elle-même, par un des motifs de l'arrêt du 4 août 1817, la légitimité des stipulations que je viens d'indiquer. " Attendu, y est-il dit, que les actes de cession ne contenant aucune sti-" pulation particulière d'où l'on puisse induire que le cédant ait voulu " établir aucune préférence entre les parties de la créance cédée ou ré-" servée, la simple subrogation qui en résulte ne peut nuire ni à lui-" même, ni à ses cessionnaires postérieurs pour ce qui lui restait dû." Toutes les ventes ou cessions de propriétés particulières sont susceptibles de toutes conditions relatives aux intérêts des contractants. On sent qu'il est particulièrement à propos que les cessionnaires partiels de la créance, avec stipulation qu'ils seront dispensés de la concurrence, s'empressent de faire notifier la cession au debiteur, ou de la lui faire accepter, pour qu'il ne contrevienne pas à l'ordre des payements qu'il doit faire."

Op. conf. de Battur, n. 128 : " C'est, dit-il, le cas de leur appliquer la maxime : *Etsi ejusdem tituli fuerint privilegia concurrunt, licet diversitates temporis his fuerint.*"

Pierre cède la moitié de cette créance à Sempronius, qui la lui paye 24,000 francs.

L'immeuble, étant vendu par saisie réelle, ne produit qu'une somme de 40,000 francs.

Pierre et Sempronius devront-ils concourir, et faire une perte proportionnelle ? ou bien l'un doit-il l'emporter sur l'autre ?

En se reportant aux principes, on aperçoit clairement que la concurrence est impossible.

Pierre a vendu à Sempronius une créance de 25,000 frs. ; il doit par conséquent l'en faire jouir, et dès lors il est manifeste qu'il doit lui céder la préférence. C'est aussi l'opinion de Grenier (1).

On objectera peut-être que, dans la cession faite purement et simplement, le cédant n'est tenu que de la garantie de droit, c'est-à-dire de l'existence de la créance, et nullement de l'insolvabilité (art. 1693 du code civil) ; que dès lors, ne devant pas garantir au cessionnaire qu'il sera payé de la totalité de son dû, il n'y a pas de raison pour que ce dernier lui soit préféré.

Mais je répondrai qu'il serait tout à fait contraire à la bonne foi que le vendeur de la portion de créance cédée, après en avoir touché le prix, vint, par son propre fait, empêcher son cessionnaire de recouvrer la somme déboursée (2).

(1) T. Ier, n. 93.

(2) Add. Telle n'est pas l'opinion de Duranton, n. 228 : " Et si une partie seulement de la créance a été cédée, dit-il, le cessionnaire vient par concurrence avec le cédant, à moins de convention contraire, ainsi que nous l'avons dit au t. XII, n. 187. Ce n'est pas le cas d'un payement partiel fait avec subrogation, soit légale, soit conventionnelle ; dans ce dernier cas, l'article 1252 décide que la subrogation ne peut nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie, et en conséquence qu'il peut exercer ses droits, pour ce qui lui seste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. Au lieu que dans le cas d'une vente ou cession d'une partie de la créance, l'acheteur ou cessionnaire a tous les droits de son vendeur ou cédant quant à cette partie, à moins de réserve contraire. Il importe donc de bien distinguer la nature de l'acte

368. Je passe au créancier qui a été indiqué ou délégué pour recevoir le prix d'une vente.

La simple indication de payement, c'est-à-dire celle qui n'est pas devenue une cession par l'acceptation du créancier indiqué, n'est pas un acte d'aliénation, ainsi que je l'ai dit plus haut, n° 344.

Ainsi le créancier indiqué ne peut prendre, *en son nom*, inscription contre l'acquéreur, ou bien faire transcrire la vente, lorsque ces mesures conservatoires n'ont pas été prises par le vendeur. Car tous ces actes seraient nuls, comme faits *à non domino.*

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 22 fév. 1810 (1), sur le fondement que l'indication d'une personne pour recevoir payement *ne forme pas un titre de créance au profit de cette personne, tant qu'elle n'a pas été acceptée par elle.*

Il a même été décidé par cet arrêt, que l'inscription de l'hypothèque (je dis la même chose de la transcription) ne peut pas valoir comme acceptation; car l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire du titre, et ne peut par conséquent ni le précéder, ni le suppléer, ni le former. D'ailleurs elle ne saurait constituer un lien de droit. Le débiteur qui a fait l'indication peut la révoquer, et rendre par conséquent l'inscription inutile.

Cet arrêt est fondé sur des principes si clairs, qu'on ne peut concevoir comment Grenier a pu y voir des difficultés (2). Cependant je dois dire que cet auteur a renoncé plus tard (3) à ses doutes (4).

qu'ont entendu faire les parties; de voir si c'est un simple payement de partie de la créance avec subrogation mal à propos qualifiée cession, ou si c'est au contraire, une véritable cession, un véritable transport, une véritable vente d'une partie de la créance, à laquelle on aurait donné, sans nécessité, la qualification de subrogation." Voy. ci-après, n. 378.

(1) Dalloz, *Hyp.* p. 229, 230.

(2) *Hyp.*, t. 1er, p. 175, n. 89.

(3) *Hyp.*, t. II, n. 388, p. 226, note 1.

(4) Opinion conforme de Toullier, t. VII, n. 287 et s., et d'un arrêt de Metz du 24 novembre 1820; (Sirey, XXI, 2, 315 Dalloz, *Hyp.*, p. 230, note).

369. Mais du moins le créancier désigné pour recevoir le payement peut-il se prévaloir de l'inscription prise par le vendeur, ou de l'inscription d'office prise pour le même vendeur?

Pour résoudre cette question il faut distinguer deux cas qui peuvent se présenter.

Ou les créanciers indiqués se prévalent de l'inscription prise par le vendeur pour prétendre une préférence sur les créanciers de l'acquéreur, et ils y sont fondés, parce qu'ils sont les mandataires du vendeur, et qu'ils ont qualité pour exercer ses droits.

Ou bien les créanciers indiqués se prévalent de l'inscription du vendeur pour prétendre une préférence sur d'autres créanciers du vendeur, et leur prétention doit être rejetée; car entre créanciers qui représentent le débiteur dans un droit qu'il n'a pas aliéné, la préférence ne se règle que par les droits personnels à chacun de ses créanciers; le droit de leur auteur ne peut servir à quelques uns au préjudice des autres.

Cette distinction, qui n'a été faite ni par Merlin (1) ni par Grenier (2), est cependant nécessaire; c'est faute d'y avoir fait attention que ces deux auteurs se sont laissé entraîner dans des doctrines inexactes, à mon avis dans leur généralité.

Merlin, qui professe ouvertement que dans aucun cas les créanciers délégués ne peuvent se servir de l'inscription du vendeur, pas même contre les créanciers de l'acquéreur, cite un arrêt de la cour de Bruxelles du 14 janvier 1817, rendu dans l'espèce suivante (3).

Mainy vend au sieur Debontridder trois maisons, et le charge de payer à son acquit une rente de 83 fr. 44 c. qu'il doit au sieur Drombise.—Transcription au bureau des hypo-

(1) *Répert.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 2, art. 13, t. XVI; *Hyp.*, p. 399, et *Inscript. hyp.* p. 474, n. 10.

(2) T. II, n. 388, p. 224.

(3) T. XVI, *Inscript.*, p. 474, col. 2, n. 10.

thèques. Le conservateur prend une inscription d'office pour la rente, en *faveur du vendeur et du créancier.*

Plus tard, les trois maisons vendues à Debontridder sont vendues par expropriation forcée; Drombise prétend exercer le privilége assuré au vendeur ; mais cette priorité lui est contestée par un sieur Thiriar, créancier hypothécaire de Debontridder, et dont le titre n'avait été inscrit que postérieurement à la transcription de la vente faite par Mainy à Debontridder.

Sur ce débat, la cour de Bruxelles ordonne que Thiriar sera colloqué avant le sieur Drombise. " Attendu, dit-elle, " que l'appelant n'ayant ni vendu l'immeuble dont il s'agit, " ni fourni les deniers qui auraient été destinés à en faire " l'acquisition, n'est pas dans le cas de pouvoir réclamer le " privilége que l'art. 2103, §§ 1 et 3 du code civil, a établi en " faveur des vendeurs et prêteurs, et que l'article 2108 du " même code leur conserve au moyen des devoirs qu'il " leur prescrit ;

" Que ces lois sont d'autant moins applicables que les pri- " viléges, en tant qu'ils s'écartent du droit commun, sont " d'une interprétation très étroite."

On voit que cet arrêt juge positivement que l'inscription prise pour le vendeur ne peut servir au créancier indiqué, contre un créancier hypothécaire de l'acquéreur. Merlin le cite comme autorité ; il l'approuve comme servant à corroborer son principe général, que les créanciers indiqués ne doivent pas jouir de l'effet de l'inscription d'office prise pour le vendeur.

Mais cet arrêt doit-il être suivi ? je ne puis le croire, et je persiste à penser que je ne dois pas me départir de ma distinction.

Il est certain, en droit, que le créancier délégué est un véritable mandataire, chargé par celui qui a fait l'indication de recouvrer la créance. Or, le mandataire représente le mandant, et exerce toutes ses actions. Dès lors, puisque Drombise *prétendait exercer le privilége assuré au vendeur* (ce

sont les paroles de Merlin), puisqu'il se prévalait du droit de son mandant, il n'y avait aucun moyen légal de le repousser. On ne pouvait pas plus l'exclure que Mainy, dont il se présentait pour occuper la place ; et en l'admettant on ne causait aucun préjudice à Thiriar, puisque ce dernier, n'étant que le créancier hypothécaire de l'acquéreur Debontridder, devait nécessairement céder le pas au privilége du vendeur.

D'ailleurs n'est-il pas de principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur ?

L'inscription prise pour le vendeur devait donc profiter au créancier délégué.

On opposerait à tort que l'inscription avait été prise en faveur du vendeur *et du créancier*, et qu'à cause de cela elle était vicieuse; je réponds par l'adage vulgaire, *utile non vitiatur per inutile.* Que veut dire ensuite la cour de Bruxelles, en citant le principe que les priviléges sont de droit étroit, et qu'il ne faut pas les étendre ? Il ne s'agit pas ici de faire passer un privilége d'une personne à une autre personne qui lui est étrangère; il s'agit seulement de savoir si un mandataire peut se faire payer pour le compte de son mandant.

Ainsi l'arrêt de la cour de Bruxelles doit être rejeté. Il faut conclure sans hésiter que le créancier indiqué peut jouir du bénéfice de l'inscription régulière prise pour le vendeur, et qu'il peut l'opposer aux créanciers de l'acquéreur.

Je passe à la seconde branche de ma distinction.

J'ai dit ci-dessus que les créanciers indiqués par le vendeur ne peuvent tirer aucun avantage de l'inscription de celui-ci pour prétendre préférence sur ses autres créanciers.

Cette proposition est appuyée de différents arrêts qui la mettent au-dessus de toute controverse.

Isabelle, créancière d'une rente viagère, prend, le 20 avril 1799, une inscription sur les biens du sieur Scelles son débiteur.

Le 28 février 1809, Scelles vend au sieur Laurent l'im-

meuble hypothéqué, et il le charge de payer la rente à la dame Isabelle. Le 21 mars transcription du contrat et inscription d'office.

La dame Isabelle laisse périmer son inscription. Lors de la distribution du prix, la dame Isabelle prétendit se faire colloquer à la date de son ancienne inscription, quoique éteinte et périmée, parce que, disait-elle, l'inscription d'office équivalait à un renouvellement d'inscription de sa part.

Le sieur Guersant, autre créancier du sieur Scelles, et dont l'inscription subsistait encore, s'opposa à cette prétention, et son système fut admis par arrêt de la cour de Caen du 12 février 1812 (1)

Je crois qu'il devait l'être. La dame Isabelle et le sieur Guersant étaient tous deux créanciers du sieur Scelles, lequel n'avait pas aliéné son privilége au profit de la dame Isabelle, puisqu'il ne paraît pas que la délégation eût été acceptée ; donc leurs droits devaient être réglés par leurs inscriptions ; mais la dame Isabelle avait laissé périmer la sienne ; elle ne pouvait donc prétendre avantage sur Guersant, dont l'inscription était intacte.

La délégation faite à son profit et suivie d'une inscription d'office n'avait pu changer cet état de choses ; car l'inscription d'office ne pouvait profiter qu'au vendeur ou à ses représentants. Or, Guersant et Isabelle représentaient tous deux le vendeur Scelles, leur débiteur commun ; dès lors, pour fixer leur rang, il fallait toujours en revenir aux inscriptions, et reconnaître que l'inscription d'Isabelle étant périmée, devait céder le pas à Guersant. Il est même certain que, quand même le vendeur eut voulu intervertir les rangs, cela n'était pas en son pouvoir.

La décision de la cour de Caen est conforme à deux arrêts de la cour de cassation.

(1) Sirey, XII, 2, 290 ; *Répert.*, t. XVI, p. 475, col. 2 ; Dalloz cite le sommaire et la date de cet arrêt, mais n'en donne pas le texte. *Hyp.*, p. 314, col. 2.

Le premier est du 15 frimaire an XII (1), en voici l'espèce :

Le sieur Demarez vend une maison à la demoiselle Guerre, et en délègue le prix à quelques créanciers.

Transcription du contrat au bureau des hypothèques et inscription d'office.

Les créanciers délégués prétendirent que, par cette inscription, ils devaient avoir préférence sur le sieur Marx Elie, autre créancier de Demarez, vendeur.

Marx Elie répondit à cette prétention, en disant que l'inscription d'office conservait la préférence au vendeur et *à ses ayants cause* sur l'acquéreur ; mais qu'elle ne réglait pas la préférence des créanciers du vendeur entre eux.

Ce système fut successivement admis par la cour de Nancy et par la cour de cassation, et il fut décidé que les créanciers délégués ne pouvaient avoir aucune préférence sur le prix de vente.

Le second arrêt est du 22 avril 1807 (2). Il a été rendu dans des circonstances toutes semblables. Des créanciers indiqués soutenaient que l'incription d'office prise pour le vendeur devait leur assurer la préférence sur les créanciers chirographaires (3) de ce même vendeur, et leur prétention fut rejetée comme elle devait l'être; car tant que le débiteur est resté propriétaire de son privilége, et qu'il ne l'a pas aliéné (on sait que la simple indication de payement n'empêche pas le déléguant de rester propriétaire), ses créanciers, qui le représentent *tous* dans ce droit non aliéné, ne peuvent

(1) Merlin, *Répert.*, t. XVI, *Hyp.* p. 399 ; Sirey, IV, 2, 121 ; Dalloz, *Hyp.*, p. 103, rapporte l'arrêt sans donner la notice des faits.

(2) *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 877 ; Dalloz, *Hyp.*, p. 103, note.

(3) Merlin dit qu'ils étaient chirographaires ; Dalloz, qu'ils avaient inscription hypothécaire ! En général, on ne saurait mettre trop de précision et d'exactitude dans l'exposé des faits, et c'est ce que l'on ne trouve pas toujours dans les recueils d'arrêts.

réclamer avantage les uns sur les autres, lorsqu'ils n'ont pas, *d'antre part*, une cause de préférence (1).

370. J'ai parlé jusqu'ici des cas où les choses sont restées dans les termes d'une simple indication de payement.

Mais il en serait autrement si l'indication de payement avait été acceptée par le créancier indiqué ; car cette acceptation tranformerait l'indication de payement en cession, et produirait entre le créancier indiqué et son débiteur un lien de droit qui opérerait une véritable vente (2).

Ainsi, le créancier indiqué pourrait prendre inscription en son nom. Ainsi le conservateur devrait prendre aussi en son nom l'inscription d'office (3). Ainsi encore, il pourrait

(1) Add. *Jurisprudence.* — Lorsqu'un immeuble est vendu à la charge par l'acquéreur de payer une rente au profit d'un tiers, celui-ci ne peut invoquer le privilége établi par l'art. 2108 du code civil en faveur du vendeur. Brux., 14 janv. 1817 (*Jur. de B.*, 1817, 1, 239).

(2) *Suprà*, n. 344.

(3) Add. Op. conf. de Grenier, n. 388, il ajoute : " Cependant la cour de cassation, section civile, par un arrêt du 22 avril 1807, rapporté par Denevers, même année, page 230, a jugé qu'un créancier délégué ne devait pas profiter du bénéfice accordé au vendeur, et que le conservateur des hypothèques n'avait pu prendre utilement pour ce créancier une inscription d'office. Mais il faut remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une délégation non acceptée par le créancier délégué. Or, cette circonstance paraît avoir déterminé la décision prise par la cour de cassation. C'est ce dont on est convaincu en se pénétrant des motifs de l'arrêt. Il y est dit d'abord que, par la raison qu'il ne s'agissait que d'*une simple indication de payement*, l'acquéreur n'était pas tenu de représenter aux créanciers *indiqués* une somme qu'il avait donnée au vendeur. Lorsque ensuite il est question, dans le même arrêt, de l'inscription d'office que le conservateur des hypothèques avait prise au nom des créanciers délégués, on voit qu'elle fut déclarée sans effet, toujours parce qu'il s'agissait de *simples créanciers indiqués*.

" De là même il résulte que, dans le second cas que j'ai déjà annoncé, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a pas de délégation acceptée, alors le conservateur ne doit pas inscrire d'office le créancier. Il ne reste, dans ce cas, qu'une délégation imparfaite, une simple indication. Il n'existe pas un lien formé entre le vendeur déléguant et son créancier délégué, qui, seul,

exercer en son nom tous les droits attachés à l'inscription prise par son débiteur. Tout cela ressort des termes de notre article.

371. Dira-t-on, comme le fait Merlin (1), que d'après l'article 2108, le conservateur ne peut prendre inscription d'office au profit des cessionnaires et ayants cause du vendeur; que cet article est limitatif, d'autant plus qu'en le rapprochant de l'art. 29 de la loi du 11 brumaire an VII, on voit que ce dernier article décidait que la transcription conservait le privilége tant pour le vendeur que pour ses *ayants cause;* mais que le code civil n'ayant plus parlé des *ayants cause*, on doit les exclure ?

Mais tout ce raisonnement roule sur une pure équivoque. En droit, le cessionnaire représente le cédant, et notre article dit positivement que les *cessionnaires des diverses créances privilégiées exercent les mêmes droits que les cédants en leur lieu et place;* donc le délégué peut se prévaloir de l'inscription prise par le cédant, ou, ce qui est la même chose, le con-

peut constituer un droit de créance. Le créancier n'a d'autre parti à prendre que d'accepter la délégation par un acte authentique, de la faire notifier à l'acquéreur, et de prendre une inscription de la même manière que le ferait un cédataire de la créance.

" Cependant je dois faire une observation importante. Lorsqu'il n'y a pas d'acceptation de la délégation dans le contrat de vente, cette délégation ne pouvant lier ni l'acquéreur, ni les autres créanciers du vendeur, le conservateur peut bien se dispenser de prendre une inscription d'office au nom du créancier délégué, ou, pour mieux dire, simplement indiqué. Mais il rentre alors dans les devoirs du conservateur de prendre l'inscription d'office au nom du vendeur, pour le montant de la totalité du prix, c'est-à-dire, pour ce qui est délégué, mais imparfaitement, comme pour ce qui ne l'est pas. On sent en effet que si la somme stipulée payable au particulier indiqué n'appartient pas à celui-ci, elle appartient toujours au vendeur, et elle fait toujours partie du prix. En sorte que le conservateur des hypothèques compromettrait sa responsabilité à l'égard du vendeur et à l'égard des tiers, s'il ne faisait pas frapper l'inscription d'office sur ce qui est irrégulièrement délégué, comme sur ce qui ne l'est pas."

(1) T. XVI, p. 474, n. 10.

servateur doit prendre inscription d'office au nom de l'un ou de l'autre. Les circulaires de la régie lui en font un devoir (1).

372. Mais il n'est pas aussi facile de décider si le créancier délégué, qui a accepté l'indication de payement, peut se prévaloir de l'inscription de son débiteur pour prétendre préférence sur les autres créanciers de ce même débiteur.

Cependant, en distinguant les cas, on arrive à des résultats clairs et précis.

Lorsque les créanciers, sur lesquels le délégué prétend préférence, sont chirographaires, cette préférence doit lui être accordée. Car le débiteur commun était maître de faire des aliénations, sans que les chirographaires pussent s'en plaindre, puisque leurs titres ne leur donnent aucune suite sur la chose. Or, c'est ce qu'il a fait en cédant en quelque sorte au créancier délégué le prix de la chose vendue, et le privilége assis sur cette chose. Ce privilége est dès lors sorti du domaine du débiteur. Ses créanciers chirographaires ne peuvent plus s'en prévaloir, il appartient tout entier et exclusivement au cessionnaire, c'est-à-dire au créancier délégué (2).

373. Lorsque les créanciers sur lesquels le délégué prétend la préférence sont hypothécaires, c'est à-dire lorsqu'ils ont une hypothèque antérieure à la vente faite par le débi-

(1) Grenier, t. II, p. 225.

Add. Après avoir rappelé l'argumentation de Merlin, Dalloz, ch. 1er, sect. IV, art. 1er, n. 10, ajoute : " Mais la doctrine d'après laquelle le créancier qui a accepté la délégation faite en sa faveur doit profiter de la transcription du contrat de vente, ne devra jamais nuire aux créanciers hypothécaires qui auront acquis leurs droits antérieurement au créancier délégué. Toutes les prérogatives qui dérivent pour lui de cette délégation consistent seulement, s'il était créancier hypothécaire, à conserver son rang, en vertu de la transcription de l'acte de vente, et s'il n'avait pas l'hypothèque, à primer, dans la distribution du prix, les autres créanciers chirographaires. Il devrait même venir en concours avec ces derniers, dans le cas où, avant l'acceptation de la délégation, le prix se trouvait déjà saisi par eux (Delvincourt, t. III, p. 283, notes).

(2) *Suprà*, n. 4.

teur, il faut voir si cette hypothèque a été inscrite avant ou après la vente.

Si elle a été inscrite avant la vente, le délégué ne peut prétendre droit sur la chose vendue qu'après les créanciers inscrits du vendeur.

En effet, le cédant ne peut céder à son cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Or, le cédant ne pouvait rien prendre sur le prix qu'après que ses créanciers hypothécaires étaient payés. Donc, son cessionnaire doit se soumettre à la même condition.

On voit de suite la différence qui existe entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires.

Les créanciers hypothécaires ont un droit spécial sur la chose ; et pour l'exercer, ils n'ont pas besoin de se prévaloir du droit de leur débiteur. Car ils agissent par l'action hypothécaire, de leur chef.

Au contraire, les créanciers chirographaires ne pourraient se servir du privilége de leur débiteur qu'en exerçant ses droits. Car, de leur chef, ils n'ont pas de droit de suite. Or, il est de principe que les créanciers chirographaires ne peuvent exercer que les droits que leur débiteur n'a pas aliénés sans fraude. Et comme le debiteur a aliéné son privilége, nul doute que le cessionnaire, en faveur de qui l'aliénation est faite, ne soit préférable aux chirographaires.

374. Si les créanciers hypothécaires n'ont pas pris d'inscription avant la vente de l'immeuble hypothéqué, et la cession faite aux créanciers délégués, il y a plusieurs difficultés à examiner ; pour y parvenir, il faut s'appuyer du secours de quelques exemples afin de rendre les choses plus sensibles.

Par exemple, Pierre est débiteur de 50,000 francs envers Titius, lequel s'est fait consentir hypothèque sur le fonds Cornélien. Mais il oublie de prendre inscription.

Pierre vend à Jacques le fonds Cornélien, et délègue le prix à Sempronius, qui lui a prêté de l'argent par billet, et qui déclare par acte authentique accepter la délégation. Le

contrat est transcrit sur-le-champ, et une inscription d'office est prise en faveur de Sempronius.

Titius ne prend inscription que dans la quinzaine pour son hypothèque. On procède à une distribution du prix, et Sempronius prétend à la préférence sur Titius.

Titius pourra-t-il combattre cette prétention en disant que le privilége, en se trouvant transféré à Sempronius, ne doit pas lui être plus nuisible que s'il fût resté entre les mains de Pierre ?

Cette question n'est pas sans difficulté. Sempronius pourra faire valoir en sa faveur des raisons empruntées à la bonne foi et à la publicité du régime hypothécaire. Ces raisons ne sont pas dépourvues de force.

Le cessionnaire, qui achète le privilége du vendeur, et qui ne trouve pas d'inscription prise sur l'immeuble vendu, se croit sûr de la préférence ; il ne contracte qu'à raison de cette préférence qu'il a vu lui être acquise. C'est tant pis pour le créancier qui n'a pas veillé à ses droits, et qui a laissé son hypothèque imparfaite et sans efficacité : les tiers ne doivent pas souffrir de sa négligence.

Or Sempronius est un véritable cessionnaire. On l'a établi ci-dessus (n° 344) avec l'autorité de Loyseau, de Toullier et des lois romaines. Titius ne peut donc venir le troubler par son inscription tardive.

Sempronius, sachant que le fonds Cornélien allait être vendu, pouvait évidemment prendre jugement contre Pierre, et puis se faire inscrire chez le conservateur. Nul doute qu'alors il n'eut eu la préférence sur Titius, créancier inscrit postérieurement. Il n'a pas pris cette voie de rigueur, parce que la négligence de Titius lui a laissé croire que la cession du privilége produirait pour lui des résultats aussi avantageux. Serait-il juste que Titius vint après lui enlever sa position ? De plus, on ne peut contester qu'en vendant l'immeuble, Pierre n'eût pu y asseoir une hypothèque au profit de Sempronius ; et si Sempronius eut pris de suite inscription, il serait certainement préférable à Titius. Eh bien ! il a

fait quelque chose d'à peu près semblable ; il a fait passer à Sempronius son privilége, c'est-à-dire un droit qui saisit la chose comme l'hypothèque, et qui de plus a des prérogatives plus étendues. Les résultats doivent donc être au moins les mêmes.

Mais quelque spécieuses que soient ces raisons, il y en a d'autres qui doivent assurer la préférence au créancier hypothécaire.

Le cédant n'a pu transmettre que les droits qu'il avait lui-même; et, comme le dit notre article, le cessionnaire ne peut exercer que les mêmes droits que le cédant.

Or, le cédant avait déjà aliéné en faveur de Titius un droit de préférence sur le prix de l'immeuble Cornélien; car toute concession d'hypothèque emporte avec elle un droit de préférence sur les deniers que procurera la vente, et il est bien certain que si quelqu'un doit être primé sur le prix de l'immeuble, c'est celui qui a donné l'hypothèque sur cet immeuble.

Pierre avait donc promis à Titius que ce dernier aurait sur le prix un droit préférable au sien.

Il suit de là que Titius n'avait pas à redouter le privilége de Pierre; ce n'était pas pour s'en garantir qu'il avait des précautions à prendre. C'était contre les autres créanciers de Pierre, ou contre les créanciers du nouvel acquéreur, mais jamais pour se mettre à l'abri de la concurrence de son propre débiteur.

Ceci posé, qu'est-ce que Sempronius? C'est le représentant de Pierre ; il a pris sa place; il est son successeur : il ne peut donc avoir plus de droits que lui, et il ne peut pas plus inquiéter Titius que Pierre n'aurait pu l'inquiéter.

Sempronius, dans toute son argumentation, a beaucoup plus parlé de ce qu'il aurait pu faire que de ce qu'il a fait. Sans doute, s'il eût préféré avoir hypothèque et qu'il l'eût fait incrire avant celle de Titius, il aurait eu la préférence. *Entre créanciers*, le rang d'hypothèque se règle par l'inscription. Mais ici il ne s'agit pas de rang *entre créanciers :* il

s'agit du rang entre Titius *créancier* et Pierre son *débiteur*, dont Sempronius exerce les droits. Car Sempronius ne doit pas s'y méprendre : le privilége dont il s'appuie n'est pas le *sien*, en ce sens qu'il n'est pas vendeur. C'est le privilége de Pierre qu'il veut exercer.

Il en aurait été autrement s'il eût pris hypothèque. Cette hypothèque eût été vraiment *sienne*, puisqu'elle aurait été l'accessoire de sa créance. Mais le *privilége* est-il l'accessoire de ce que Pierre lui doit ? Il faut toujours en revenir là. Il ne fait qu'exercer un droit attaché à une créance de Pierre, et que ce dernier lui a cédé.

Sempronius parle de sa bonne foi et de l'erreur où il a été jeté par défaut d'inscription de la part de Titius. Mais il y avait un moyen bien simple de savoir si Pierre n'avait pas de créanciers ayant droit de préférence sur l'immeuble; c'était d'attendre la quinzaine de la transcription, et de ne traiter que si des inscriptions ne se présentaient pas dans ce délai (1).

375. Je suppose maintenant que, dans l'espèce posée tout à l'heure, Sempronius ait accepté la délégation par acte authentique, mais que la transcription et l'inscription d'office ne s'effectuent que longtemps avant la vente, et aussi après que Titius se sera fait inscrire. (Je suppose toujours que l'inscription de Titius est postérieure à la délégation.)

Sempronius sera encore moins heureux, puisqu'il y aura cette circonstance que Titius a pris inscription sans retard, et que l'on aperçoit dans cette espèce avec bien plus d'évidence combien il serait choquant qu'un tel commerce sur le privilége fût nuisible aux créanciers de bonne foi.

376. Lorsque la délégation contient une novation, le créancier délégué perd toute espèce de droit aux hypothèques

(1) Si l'immeuble vendu provenait d'un partage, il faudrait faire attention aux soixante jours accordés au copartageant pour s'inscrire. Ce n'est qu'au bout de ce temps, écoulé sans inscription, qu'on serait sûr que le privilége du vendeur ne serait pas paralysé par celui de son copartageant dont il était débiteur pour retour de lot.

et aux priviléges préexistants. Ainsi il n'a rien à réclamer du chef du délégant.

Mais si, par une clause expresse, les priviléges et hypothèques sont réservés, il faut appliquer ici tout ce que j'ai dit de la cession.

377. Voyons pour la subrogation.

Lorsque la subrogation est accordée par le créancier payé, le subrogé peut être assimilé à un cessionnaire pour les mesures nécessaires à la conservation du privilége qui lui est transmis.

Ainsi, il faut décider que le subrogé profite de l'effet de l'inscription prise par le subrogeant, et que la loi ne le soumet à aucune obligation pour jouir de ce bénéfice. Néanmoins, dit Toullier, la prudence exige que le subrogé fasse dans tous les cas renouveler l'inscription en son nom, pour prévenir la mauvaise foi du créancier, qui, de connivence avec les autres créanciers postérieurs, pourrait consentir à la radiation de son inscription. Il cite un exemple tiré d'un arrêt de la cour de Paris du 29 août 1811 (1).

Il peut aussi faire signifier ou remettre au conservateur la quittance du créancier contenant subrogation. Le conservateur en fait mention en marge de l'ancienne inscription ; et à compter de ce moment, la radiation ne peut avoir lieu que du consentement du subrogé (2).

Si le privilége n'est pas inscrit lors de la subrogation, le subrogé peut prendre inscription comme aurait pu le faire le subrogeant lui-même.

Bien plus, si le subrogeant prend inscription en son nom, il lui suffit d'annoncer qu'il est subrogé aux droits du créancier ; mais, par les raisons ci-dessus, n° 364, et qui trouvent ici leur application, il n'y a rien qui l'oblige à inscrire l'acte de subrogation. Il suffit qu'il précise l'acte d'où découle le privilége qui lui est transporté.

(1) T. VII, n. 168, p. 237 ; Grenier, t. Ier, n. 92, et t. II, n. 322 ; Sirey, XII, 2, 21 ; *suprà*, n. 363.

(2) Battur, t. II, p. 65.

378. Si le créancier a reçu en différents temps différentes portions de sa créance, de plusieurs personnes qu'il a subrogées dans ses droits pour les portions qu'il a reçues d'elles, et s'il reste encore créancier d'une partie, il doit leur être préféré. En effet, il est de principe que la subrogation ne peut jamais être opposée au créancier subrogeant, ni lui préjudicier. Ce point de jurisprudence était constant avant le code civil où l'on tenait pour maxime : " *Nemo videtur cessisse contrà se* (1).

Le code civil l'a consacré par l'art. 1252 du titre *des Obligations* (2).

Il est donc inutile d'entrer ici dans des développements de principes qui seraient hors de mon sujet. Je renvoie, au surplus, à ce que j'ai dit *suprà*, n° 233. On verra aussi, n° 234, ce qui doit avoir lieu pour fixer le rang des prêteurs de fonds qui ont payé avec subrogation les créanciers du vendeur, et qui se trouvent en concurrence avec des créanciers de ce même vendeur non payé.

379. Quant aux créanciers subrogés entre eux, il est non moins certain qu'ils doivent venir par concurrence, et sans aucun égard à la date des subrogations. En efiet, ils ont tous la même cause. Tous out payé pour éteindre la dette ; leurs droits doivent être égaux (3).

Cependant il peut se présenter une question qui n'est pas sans difficulté.

J'ai dit que le créancier était préférable à ses subrogés pour ce qui lui reste dû. On demande donc si celui qui lui a payé un reliquat, et qui lui est subrogé, peut exercer la préférence qu'il était en droit de réclamer contre les autres subrogés.

(1) Dumoulin, *De usuris*, quæst. 89, n. 670; Renusson, chap. XV; Pothier, Orléans, t. XX, n. 87.

Add. Voy. ci-dessus, n. 367, note 2, l'opinion conforme de Duranton.

(2) Grenier, t. 1er, p. 181 ; Toullier, t. VII, n. 169 et suiv.

(3) Pothier, Orléans, tit. XX, n. 87; *infrà*, n. 608.

Renusson examine cette difficulté (1), et décide que le créancier qui ne fait que recevoir son payement, et *qui touche les deniers pour le compte du débiteur qui se libère,* ne peut pas subroger dans ce droit d'exclusion et de préférence dont il vient d'être question. Car, dit-il, encore que le créancier qui reçoit le payement de son dû, *consente la subrogation* en ses droits, au profit de ceux qui ont fourni leurs deniers au débiteur, la subrogation ne vient pas en ce cas du créancier qui est contraint, malgré qu'il en ait, de recevoir ce qui lui est dû ; elle vient plutôt du débiteur qui ne peut pas faire préjudice à ceux qui lui auraient prêté leurs deniers pour faire les premiers payements. Toullier est aussi de ce sentiment (2), et dit que c'est celui de Duparc-Poullain.

Mais Renusson pense que lorsque le créancier fait autre chose que recevoir son payement, lorsqu'il agit pour son utilité particulière, et qu'il transporte ses droits *venditionis causâ*, il peut céder son droit de préférence et d'exclusion (3). Car, quoi qu'en dise Toullier, ce droit n'est pas personnel ; il est susceptible d'aliénation. Il peut être vendu, et si le créancier ne peut y subroger, ce n'est pas à raison de la personnalité du droit, mais à raison des différences existantes entre la subrogation et la cession.

380. Je m'occupe maintenant du cas où la subrogation est accordée par le débiteur.

Les moyens de conserver le privilége transmis sont indiqués dans les art. 2108 et 2110 ci-dessus.

La transcription seule du contrat de vente vaut inscription pour le prêteur de deniers. Ainsi il n'est nullement nécessaire de faire mention des actes d'où découle la subrogation

Le prêteur lui-même peut procurer cette transcription : il lui suffit de faire transcrire le contrat de vente. Mais il faut

(1) Chap. XVI, n. 15.

(2) T. VII, n. 170, n. 239.

(3) Chap. XVI, n. 6 et 15.

faire attention si le contrat porte subrogation en faveur du prêteur de deniers pour achat de la chose, ou si la subrogation a été consentie par des actes subséquents.

Au premier cas, le conservateur est obligé de prendre inscription d'office en faveur du prêteur, et le prêteur figure en nom sur le registre des inscriptions.

Au second cas, le conservateur ne peut prendre inscription en faveur du prêteur, puisque le prêt et la subrogation lui sont également inconnus. Mais le privilége du prêteur n'en est pas moins conservé ; car il lui suffit qu'il y ait inscription en faveur du vendeur. Cette inscription lui profite (1).

Il faut remarquer cependant que souvent il peut être désavantageux pour le prêteur de deniers, de ne pas figurer en nom personnel sur le registre des inscriptions. Car il se trouve privé des avertissements et sommations qui sont ordonnés par la loi, lorsqu'il s'agit de procéder à la purgation des priviléges. Il pourrait aussi arriver que le vendeur donnât une mainlevée frauduleuse de ses inscriptions (2).

Aussi la prudence exige-t-elle qu'il prenne en son nom une inscription, en vertu des actes constatant la destination et l'emploi des deniers.

A l'égard de ceux qui ont prêté des deniers pour le payement des ouvriers privilégiés, ils conservent leur privilége par la double inscription du procès-verbal qui constate l'état des lieux et du procès-verbal de réception (3). Les réflexions que j'ai faites sur le prêteur de deniers pour achat de la chose sont absolument applicables ici.

381. Tous les prêteurs concourent entre eux, quelle que soit la date de leur contrat. " Si duorum pupillorum num- " mis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro " his portionibus quæ in pretium rei fuerint expensæ (4)."

Suprà, n. 289. (2) *Suprà*, n. 377. (3) *Suprà*, n. 319.

(4) L. 7, D. *qui potior in pignor.*: Brodeau sur Paris, article 95, n. 9, et sur Louet, lettre D, n. 63, § 8 ; Renusson, ch. XVI ; Loyseau, *Offices*, liv. III, chap. VIII, n. 94 ; *Répert.*, v° *Subrogat.*, p. 40, col. 2 ; Toullier, *loc. suprà cit.*

[ARTICLE 1988.]

Le dernier prêteur ne pourrait en aucune manière se prétendre subrogé au droit de préférence qu'a le créancier pour le reste de son dû. Car aussitôt que ce créancier a été payé, sa préférence s'est anéantie par le payement. *Solutione tollitur omnis obligatio.* Il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur, quand il l'aurait voulu, de faire revivre un droit éteint, une exclusion injuste en tout autre qu'en la personne du vendeur. Encore moins le débiteur a-t-il pu transmettre un droit contraire à celui qu'il avait donné aux premiers subrogés; c'eût été trahir la promesse qu'il leur avait faite de leur transférer les droits du vendeur. Ainsi jugé par arrêt du parlement de Paris du 17 juillet 1694 (1).

382. Tout ce que je viens de dire pour le cas de subrogation conventionnelle accordée par le créancier, s'applique aussi à la conservation des priviléges transmis par la voie de la subrogation légale.

1988. Les cessionnaires de différentes parties d'une même créance privilégiée sont aussi payés par concurrence, si leurs transports respectifs sont faits sans la garantie de fournir et faire valoir.

Ceux qui ont obtenu transport avec cette garantie sont payés par préférence aux autres; ayant égard néanmoins entre eux à la date de la signification de leurs transports respectifs.

1988. The transferees of different portions of a privileged claim are also paid rateably, if their respective transfers have been made without warranty of payment.

Those whose transfers were made with warranty of payment, are preferred to the others; as between themselves, however, regard is had to the date of the notice given of their respective transfers.

(1) Renusson, ch. XVI, et addition.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1160, *Pothier*, *Proc.*, cité sur art. 1987, *Troplong*, sur arts. 1985 et 1987, et *contrà* 7 Toullier, n° 171, 5 *Zachariæ*, 2 *Delvincourt*, 564, 2 *Duvergier*, n° 204, 227, 287.

---

* *Renusson, Subrog., ch.* 13, *n°* 30 *et s.* } 30. De dire que la subrogation doit operer le même effet que la cession et transport, et que le subrogé doit avoir tous les droits du créancier auquel il a été subrogé ; et les exercer contre tous les obligez, cela n'est pas véritable : car en Droit Romain, et parmi nous il y a une très-grande différence entre la cession et transport, et la simple cession d'actions que nous appellons subrogation, comme nous avons déjà montré au Chapitre second. Premierement, la cession et transport se fait par le créancier qui veut disposer de sa chose. Le Droit commun et l'équité naturelle veulent que toute personne puisse disposer à son plaisir et volonté de ce qui lui appartient ; il est juste qu'un créancier puisse ceder et transporter ce qui lui est dû, et disposer de sa dette comme de toute autre chose qui lui pourroit appartenir ; il la peut ceder et transporter à qui bon lui semble, il n'a pas besoin ni du consentement du débiteur ni de celui de ses cautions et coobligez ; la cession et transport a effet contre tous les obligez indistinctement, et le cessionnaire peut exercer les droit du cedant contr'eux.

31. La raison est, que la cession et transport se fait pour l'utilité de celui à qui la dette appartient ; et afin qu'il en ait l'utilité toute entière, il est juste qu'il puisse ceder et transporter ses droits dans toute leur étenduë contre tous ceux qui en sont tenus, le créancier a interest de trouver facilement des personnes qui veüillent acheter sa dette, et qui lui en payent la juste valeur ; il a pareillement interest que son cessionnaire soit bien payé, et qu'il n'ait pas besoin de revenir contre lui par un recours de garantie ; c'est pourquoi un créancier disposant de sa dette, la cession et transport qu'il fait a effet contre tous ceux qui y sont obligez : *Creditor*

statim protest libere, sive vendere, aut alio quovis modo disponere de ipso nomine vel jure suo, et illud cum accessoriis in quem libuerit quovis modo sine ulla solemnitate transfere, nescio vel in vito debitore sicut de alia re sua. Me Charles du Moulin, *tract. usur. et redituum de luitione et cessione, quæst.* 49. *num* 446. La seconde chose qui est à observer dans la cession et transport est, que si c'est une rente qui est cedée et transportée, elle est sujette aux hypoteques que le cedant avoit contractées, et le cessionnaire peut être poursuivi en déclaration d'hypoteque par les créanciers hypotequaire du cedant.

32. Il n'en est pas de même de la simple cession d'actions que nous appellons subrogation, laquelle n'est pas une véritable cession et transport, ni une véritable vente, mais plutôt une cession feinte, et une cession qui se fait par le benefice de la Loi : *Non est vera cessio nec venditio nominis, sed cessio fictitia et à jure concessa quæ vim habet à lege et fit beneficio legis, etiam invito creditore à quo nomen procedit.* Les Docteurs l'appellent *beneficium cessionis actionum* : et Me Charles du Moulin, *beneficium cedendarum actionum.* Cette simple cession d'actions a été introduite en faveur du débiteur pour l'intérêt et pour la commodité du débiteur qui veut changer de créancier, et qui trouve quelque avantage en ce changement. Le débiteur peut contraindre le créancier à recevoir ce qui lui est dû ; il peut emprunter des deniers, et consentir à celui qui les lui prête la subrogation aux droits de l'ancien créancier, et malgré l'ancien créancier ; celui qui prête ses deniers, et qui est ainsi subrogé, ne sera point sujet aux hypoteques que l'ancien créancier avoit contractées, et ne pourra être poursuivi en déclaration d'hypoteque. Cela fait voir qu'il y a bien de la difference entre la cession et transport, et la simple cession d'actions que nous appellons subrogation : c'est une erreur de les confondre ensemble ; car, comme il a été dit, un créancier peut vendre, ceder et transporter sa dette malgré le débiteur, mais la subrogation se fait du consentement du débiteur malgré le créancier.

* 2 *Ferrière, Gr. Cout., p.* 1212, *sur art.* 170, *n*° 4 *et s.* } 4. Le vendeur d'un heritage vient en ordre sur les deniers qui proviennent de la vente d'icelui, en concurrence avec les creanciers qui ont baillé leur argent pour payer le surplus du prix, au cas qu'ils ayent pris cession des droits et hypoteques du vendeur, art. 57 des Arrestez.

Mais si ils n'ont qu'une simple subrogation d'hypoteque, il leur sera préféré, quoyque dans les quittances des payemens à lui faits de leurs deniers il n'ait point reservé la préference, parce que personne n'est présumé avoir consenti une subrogation à son préjudice sans une convention expresse, art. 58 des Arrestez.

5. Celui qui a pris cession des droits du vendeur, a la même préference contre les creanciers qui n'ont qu'une subrogation d'hypoteque, art. 59 des Arrestez.

---

* *Le Maistre, sur art.* 108 *de la Cout. de Paris, p.* 149. } Un simple transport ne saisit point, il le faut signifier à la partie, et en bailler copie avant que d'executer. Art. 108. *L. ult. ff. de transactionibus. L.* 3. *Cod. de Novationibus.*

Le cedant n'est pas recevable à alleguer le défaut de signification du transport. B. R. art. 108.

Le second cessionnaire est préféré, s'il a fait signifier son transport avant le premier. R. C. art. 108.

Si le cessionnaire a fait signifier son transport, les créanciers du cédant ne sont pas recevables à faire saisir la chose cedée. Arrêt du 8 Septembre 1615. Joly, art. 108.

Mais la saisie est valable, lorsqu'elle est faite avant la signification du transport. Tron. R. art. 108.

Le cessionnaire est tenu de discuter le débiteur avant que de pouvoir agir contre son cédant, quoique le transport ait été fait avec clause de garentir, fournir et faire valoir. Arrêt du 26 Janvier 1602. Loüet, lettre F. Som. 25. Labbé et Tronçon, art. 108.

Le transport d'une dette mobiliere fait sans stipulation de

garentie, n'oblige le cédant qu'à garantir que la chose est dûe, non pas qu'elle soit exigible. *L. 4. ff. de hæreditate vel actione venditâ.* Tron. art. 108.

Il n'en est pas de même des droits immobiliers, comme rentes constituées. Tron. art. 108.

Cet Auteur se trompe, le cédant n'est tenu en l'un et l'autre cas que de la garantie de ses faits et promesses, lorsqu'il n'y a point de garantie stipulée, et quoique le débiteur de la rente fût insolvable lors du transport, le cessionnaire n'a aucun recours contre le cédant, pourvû que la dette soit veritable. Toute la difference qu'il y a entre ces deux cas, est que la garantie des faits et promesses s'étend plus loin, lorsqu'il s'agit d'effets immobiliers, que lorsqu'il n'est question que de meubles, parce qu'il n'y a pas de suite par hypoteque sur les meubles, comme sur les immeubles.

Si le cessionnaire d'une rente laisse perdre ses hypoteques, il n'a plus de recours contre son cédant, quoique le transport ait été fait avec clause de garantir, fournir, et faire valoir. Loüet, lettre F. Som. 25.

La raison est que le cessionnaire étant le veritable propriétaire de la rente après le transport, et saisi des pieces, c'est à lui à y veiller.

---

* *Nouveau Denisart, v° Cession,* § 2, *n°* 10 *et* 12, *p.* 377-8. } 10. Du principe ci-dessus posé, que ce n'est qu'au moment où le débiteur acquiert une connoissance authentique du transport, que le cessionnaire devient propriétaire de l'objet cédé, et que jusques-là, le cédant l'est toujours vis-à-vis de tiers, il suit:

1° Que le paiement fait au cédant, même après le transport et avant cette connoissance, libere le débiteur, sauf au cessionnaire son recours contre le cédant, qu'il peut poursuivre pour stellionat, comme ayant touché ce qu'il avoit cédé.

2° Si le cédant, de mauvaise foi, faisoit un transport, et

que le second cessionnaire en donnât connoissance authentique au débiteur, avant que le premier l'eut donnée du sien, le second seroit préféré au premier, sauf à celui-ci l'action en stellionat contre le cédant.

3° Les saisies et oppositions faites jusqu'à cette connoissance par les créanciers du cédant, conservent leurs droits sur l'objet cédé.

12. Le cédant ne pouvant transporter plus de droit qu'il n'a, si la créance transportée a été éteinte avant le transport, par prescription, novation, paiement ou autres voies, ou réduite, le cessionnaire ne peut rien exiger, ou n'exiger que ce qui reste dû, en justifiant par le débiteur de l'extinction ou réduction, sauf au cessionnaire son recours contre le cédant. Voyez § III.

Si le débiteur oppose les preuves de l'extinction ou réduction aussitôt la connoissance qui lui est donnée du transport, et qu'il n'y ait d'ailleurs aucune preuve de fraude, le cessionnaire ne peut refuser de souffrir cette extinction ou réduction, quand même la créance transportée seroit constatée par un acte authentique avec minute, et que l'extinction ou réduction seroit faite par des quittances privées ou autres actes sous seing privé ; parce qu'il n'y a aucune loi qui oblige un débiteur qui éteint ou réduit sa dette, de le faire constater par un acte authentique. Mais si ce débiteur tardoit à produire ces actes privés, et que leur date ne fut pas certaine, on pourroit, suivant les circonstances, les regarder comme faits depuis le transport, par un concert frauduleux entre le cédant et le débiteur : on l'a ainsi jugé au parc civil du châtelet., le 25 juin 1754. Dans cette espece, le cessionnaire n'opposoit une quittance que quatre mois après la signification du transport ; on n'y eut aucun égard et l'on ordonna le passé outre aux contraintes exercées contre lui, pour les huit mille livres portées au transport. Outre ce silence de quatre mois, il y avoit deux circonstances : ce débiteur était un aventurier, et suivant la quittance qu'il représentoit, il avoit payé avant les termes de l'obligation.

Voyez dans Carondas, *Observations*, au mot *Cession*, un arrêt du 10 février 1565, qui a jugé la même chose.

---

* *Lamoignon*, *Arrêtés*, *Tit.* 21, *arts.* 57 *et s.* } 57. Le vendeur et les créanciers, qui ont baillé l'argent pour payer le prix, viendront par concurrence, pourvu qu'il y ait subrogation expresse de la part du vendeur.

58. Mais si les créanciers n'ont qu'une simple subrogation de droit le vendeur sera préféré, encore que dans les quittances des paiements à lui faits des deniers des creanciers, il n'ait point réservé la préférence de son hypotheque.

59. La même préférence sera donné à celui qui aura pris la cession des droits du vendeur contre les créanciers qui n'auront qu'une simple subrogation de droits.

60. Les creanciers qui ont baillé leur argent pour payer le prix d'un héritage ou rente, seront payés concurremment entr'eux sans considérer la priorité ou postériorité de leurs hypotheques.

---

* *Pothier, Proc. civ.*, 4e *part.*, *ch.* 2, *p.* 234. } Le créancier, dont les deniers ont servi à acquitter une créance privilégiée, ou plus ancienne, et qui a acquis la subrogation aux droits de ce créancier, est colloqué, pour la somme qui a servi à payer l'ancien créancier, au même rang auquel auroit été colloqué cet ancien créancier ; et, s'ils sont plusieurs qui ont prêté en différents temps leurs deniers, pour payer par partie à ce créancier, et qui ayent acquis la subrogation, ils seront colloqués, par concurrence, au rang auquel auroit été colloqué ce créancier auquel ils sont subrogés, sans qu'on ait égard à celui d'entre eux qui a prêté le premier, ou le dernier, ses deniers.

S'il restoit encore quelque chose de dû à cet ancien créancier, il seroit préféré, pour ce qui lui reste dû, aux créanciers qui lui ont été subrogés, pour la somme qui lui a été payée ; car on ne subroge pas contre soi-même ; mais si un tiers

venoit à payer ce restant avec subrogation, il ne viendroit que par concurrence avec ceux dont les deniers ont servi à payer ce qui a été payé en premier lieu. *Arrêt du 17 Juillet* 1694.

Les créanciers sont colloqués, pour les intérêts, et les frais qui leur sont dus, dans le même rang que pour le principal, suivant la Jurisprudence du Parlement de Paris ; mais si j'ai prêté une somme pour servir à acquitter des arrérages, ou intérêts dus à un ancien créancier à qui je me suis fait subroger, je serai colloqué, pour mon principal et mes frais, au rang auquel auroit été colloqué cet ancier créancier ; mais je ne serai colloqué, pour les arrérages et intérêts de mon principal, que du jour de mon propre contrat ; car, ce qui a été payé à ce créancier de mes deniers, étant des arrérages qui n'auroient jamais pu lui produire d'intérêts, je ne peux lui être subrogé que pour mon principal, qui a servi à le payer, et non pour les arrérages et intérêts qui m'en sont dus ; autrement, la subrogation m'accorderoit plus que n'auroit pu avoir celui à qui je suis subrogé, ce qui ne peut être.

---

* 26 *Journal du Palais, année* 1834, *p.* 403-404. } Cour royale de Paris. (17 avril.) *S'il est de principe que les créanciers privilégiés qui sont au même rang soient payés par concurrence, si ce principe peut être également invoqué par les différens cessionnaires d'une même créance privilégiée, lorsque le cédant n'a pas manifesté l'intention de créer au profit du premier cessionnaire aucun droit d'antériorité, il en est autrement lorsque cette intention résulte nécessairement des termes employés dans les actes de cession* (1).

(1) Grenier (*Traité des hypot.*, t. 2, n° 389), Troplong (*Comment. des hypot.*, t. 1er, n° 89) et un arrêt de cassation, 4 août 1817, reconnaissent aussi le principe qu'en thèse générale les deux cessionnaires de partie d'une même créance doivent venir par concurrence. Mais l'arrêt de 1817 constate que (et il fait de cette circonstance un de ses motifs), dans l'espèce où il a été rendu, il n'existait aucune stipulation d'où l'on put

[ARTICLE 1988.]

Ainsi la cession faite sous promesse de garantir, fournir et faire valoir, avec subrogation dans tous les droits, priviléges et hypothèques, de partie d'une créance privilégiée, dont le cédant a conservé le surplus, établit au profit du cessionnaire un droit d'antériorité sur tout cessionnaire postérieur de la portion de créance que le cédant s'était réservé. C. civ., art. 1693 et 2097.

MAUGIN C. MARDUEL.

Le 20 nov. 1824, la dame Bertrand vend au sieur Gleizer une maison à Paris, moyennant 23,000 fr. — Cette maison était grevée d'une inscription hypothécaire de 10,000 fr., au profit du sieur Pinguet. On stipula dans l'acte que Gleizer conserverait entre ses mains les 10,000 fr. dus à Pinguet, et que par ce moyen il n'aurait plus que 13,000 fr. à payer à la dame Bertrand.

Le 10 mars 1826, la dame Bertrand transporta ses 13,000 fr. au sieur Maugin, avec promesse de garantir, fournir et faire valoir, et subrogation dans tous ses droits, priviléges et hypothèques résultant de l'acte de vente. Ce transport fut signifié à l'acquéreur le 13 mars 1826.

Le 5 août 1827, Maugin transporta à la dame Marduel les droits qui lui avaient été cédés par la dame Bertrand, et la subrogea dans tous les effets de l'acte du 10 mars 1826.

Mais antérieurement, le 25 mai 1827, Gleizer n'ayant pas remboursé Pinguet, la dame Bertrand avait remboursé les 10,000 fr. dus à ce créancier.

Deux années après, le 2 oct. 1829, la dame Bertrand, qui n'avait point indiqué l'origine des deniers dans l'acte de remboursement de la créance Pinguet, déclare que, dans les 10,000 fr., une somme de 5,800 fr. a été fournie par sa fille la dame Courtier, et qu'ayant eu le tort de ne pas faire alors une déclaration d'emprunt, elle répare son omission, et su-

induire que le cédant ait voulu établir aucune préférence entre les parties de la même créance cédées ou réservées. Or, dans notre espèce, cette stipulation existait ou tout au moins elle résultait des termes dans lesquels la cession était formulée.

broge en conséquence la dame Courtier dans tous ses droits contre Gleizer.

Le 13 déc. suivant, la dame Courtier transporte au sieur Maugin cette somme de 5,800 fr.

Dans cet état, un ordre s'étant ouvert sur le prix de la maison vendue à Gleizer, dont la revente avait été opérée, la dame Marduel s'est présentée, et a demandé sa collocation par privilége, comme subrogée dans les effets du transport, du 10 mars 1826, par lequel Maugin, son cédant, avait lui-même été subrogé dans les droits de la venderesse, la dame Bertrand.

De son côté, Maugin a réclamé collocation par concurrence pour les 5,800 fr. à lui cédés par la dame Courtier, comme faisant partie de la même créance privilégiée.

Le 22 août 1833, jugement du tribunal civil de la Seine, qui déclare Maugin mal fondé dans sa demande :—" Attendu que par le transport notarié du 11 mars 1826 la dame Bertrand avait cédé à Maugin la somme de 13,000 fr. ;

" Que Maugin a rétrocédé cette somme à la dame Marduel le 5 août 1827 ;

" Qu'en cet état, la dame Bertrand se trouvait irrévocablement dessaisie des sommes transportées à la dame Marduel ;

" Que, dès lors, elle ne pouvait postérieurement ni réclamer pour elle-même ni céder à un tiers aucun droit de concurrence avec les sommes ainsi transportées ;

" Attendu que c'est à une époque postérieure, c'est-à-dire le 2 oct. 1829, que la dame Bertrand a cédé les 5,800 fr. à la dame Courtier, qui les a ensuite transportés à Maugin ;

" Que, dès lors, il ne peut exister de concurrence entre ladite somme de 5,800 fr. et les sommes précédemment transportées à la dame Marduel."

Appel par Maugin.— On disait pour l'appelant : Le privilége attaché à une créance en protége toutes les portions ; que cette créance soit réunie dans une seule main, ou divisée en plusieurs fractions, la dernière fraction n'en sera pas

moins privilégiée que la première. La créance de Maugin a la même origine que celle de la dame Marduel : elles doivent donc être payées par concurrence, aux termes de l'article 2097, C. civ.

L'ordre de collocation ne pourrait être interverti qu'autant qu'on rapporterait une stipulation formelle d'antériorité. Dira-t-on qu'on trouve l'équivalent de cette stipulation dans les termes du transport du 10 mars 1826, et dans la garantie promise par la dame Bertrand ? Mais on répond que cette garantie n'est autre que la garantie légale de l'existence de la créance au moment de la cession (C. civ. 1693) ; et d'ailleurs cette garantie pourrait tout au plus être opposée à la dame Bertrand, si elle se présentait dans l'ordre, mais elle ne peut atteindre les tiers.

L'appelant terminait par cette observation : si la créance Pinguet avait été acquittée par un tiers, la dame Marduel ne viendrait bien certainement qu'après ce tiers. Comment donc alors se plaindrait-elle de la concurrence, lorsque, dans la circonstance donnée, elle eût pu ne venir qu'en second rang.

L'intimé commençait par repousser l'art. 2097, qui ne s'occupe que du rang de divers priviléges provenant de différentes causes, mais ne peut s'appliquer au cas où il s'agit d'une seule créance privilégiée transmise à divers cessionnaires.

Mais, dira-t-on, le privilége s'étend à chaque partie de la créance, et conséquemment chacune des portions doit venir par concurrence.

A cela la réponse est facile. Lorsqu'un créancier privilégié cède une partie de sa créance, avec subrogation dans son privilége, il se trouve dessaisi et de la créance et du privilége, jusqu'à concurrence de la somme transportée ; et, si par la signification du transport il est saisi vis-à-vis du débiteur et des tiers, il l'est à plus forte raison à l'encontre du cédant, qui, obligé de faire jouir son cessionnaire, ne peut nuire à la première cession par des cessions postérieures. On

doit appliquer en cette matière les règles qui sont établies au sujet de l'hypothèque légale de la femme. Ne disait-on pas aussi : L'hypothèque légale de la femme protége toutes ses créances; or, tous les créanciers subrogés venant exercer un droit qui prend sa source dans un titre unique et commun, ils doivent venir par concurrence. Une jurisprudence constante a proscrit ce système, en se fondant sur ce motif, que la femme, en s'obligeant avec subrogation dans l'effet de son hypothèque, se dessaisit de cette hypothèque jusqu'à concurrence de la somme transportée, et ne peut plus par des subrogations postérieures nuire aux premières subrogations qu'elle a consenties. L'intimé finissait en rappelant les termes de l'acte du transport, et en tirait la conséquence que Maugin s'était soumis à la garantie la plus étendue, c'est-à-dire à l'obligation de payer en tout temps, à défaut du débiteur principal.

Du 17 avr. 1834, arr. cour cass., 2e ch.; MM. Dehérain, prés.; Delapalme, av. gén.; Paillet et Caignet, av.

" LA COUR (après délibéré en la chambre du conseil),—En ce qui touche les 5,800 fr. dont les héritiers Maugin demandent la collocation par concurrence avec celle de 13,000 fr. appartenant à la dame Marduel :—Considérant, en droit, que, s'il est de principe que les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang soient colloqués par concurrence, et si ce principe peut être également invoqué par les différents cessionnaires d'une même créance privilégiée, lorsque le cédant n'a point manifesté l'intention de créer au profit du premier cessionnaire aucun droit de préférence ou d'antériorité, il en est autrement lorsque cette intention résulte nécessairement des termes employés dans les actes de cession; — Considérant, en fait, que, par l'acte notarié du 10 mars 1826, la veuve Bertrand, en transférant à Maugin la créance de 13,000 fr., a promis de garantir, fournir, et faire valoir ladite créance au profit du cessionnaire ; qu'elle a en outre subrogé dans tous ses droits, priviléges et hypothèques à cet effet ; que de ces expressions de l'acte susdaté résultait pour

la dame Bertrand l'interdiction de faire aucun nouveau transport ni disposition quelconque qui pût nuire aux droits qu'elle venait de transporter ;—Considérant que les héritiers Maugin, créanciers de 5,800 fr. en vertu d'un transport postérieur, ne peuvent avoir plus de droits que leurs cédants ; — CONFIRME, etc."

---

* *Dalloz, Jurisp. gén., année* 1858, 2e *partie, p.* 108-109. } PRIVILÉGE, CESSIONS PARTIELLES, GARANTIE, PRÉFÉRENCE.— La clause par laquelle un créancier qui cède une portion de sa créance déclare garantir la solvabilité actuelle et future du débiteur n'équivaut pas à la stipulation expresse, au profit du cessionnaire, d'un droit de préférence exclusif de toute concurrence ; dès lors, si le créancier vient à céder postérieurement une autre portion de la même créance avec déclaration identique de garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur, les deux cessionnaires doivent être colloqués au même rang ; le premier n'a, dans ce cas, aucun droit de préférence sur le second (c. nap. 1694, 1695 et 2097) (1).

(1) Il est généralement reconnu que lorsqu'un créancier privilégié a consenti successivement plusieurs cessions partielles de sa créance, les cessionnaires concourent entre eux et doivent être colloqués au même rang, sans que les plus anciens soient fondés à prétendre aucun droit de préférence sur les autres (V. notamment Grenier, *Priv. et hypoth.*, t. 2, p. 227 ; Troplong, *Priv. et hypoth* , t. 1, nº 366 ; Mourlon, *Tr. de la subr.*, p. 25, et *Exam. crit. du comment. de M. Troplong sur les privil.*, t. 2, nº 327 ; Rolland de Villargues, vº *Transport de créances*, nºˢ 145 et 147 ; V. aussi Civ. cass. 4 août 1817, D. A. 9. 77). Mais, d'un autre côté, il est certain, et notre arrêt lui-même le reconnaît, qu'il en devrait être autrement si dans la première cession le créancier avait conféré au cessionnaire un droit de préférence sur tous autres, ou, en d'autres termes, que l'ordre dans lequel les cessionnaires peuvent prendre la portion de créance qui leur est cédée peut être réglé par les clauses de la cession (V. en ce sens Grenier, *loc. cit.* ; Troplong, *loc. cit.* ; Mourlon, *Exam. crit., loc. cit.* ; Rolland de Villargues, *loc. cit.*, nº 148 ; Civ. cass. précité). La difficulté, dans l'espèce jugée par notre arrêt, consistait donc a

[ARTICLE 1988.]

(Goult *C.* Barbier.)

Les époux Florentin avaient vendu à Cotel une maison pour le prix de 3,500 fr., qui était resté entre les mains de l'acquéreur. Sur ce prix ils consentirent successivement, le 24 oct. 1842, un premier transport au sieur Barbier jusqu'à concurrence de la somme de 1,150 fr., et le 16 mars 1850, un nouveau transport au sieur Goult pour la somme de 1,850 fr. Chacun de ces transports était fait avec garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur.

En décembre 1856, la maison est vendue sur Cotel et adjugée pour 2,500 fr. seulement. Un ordre s'ouvre sur le prix. Le juge-commissaire ayant colloqué concurremment Barbier et Goult, une contestation s'éleva sur ce point. Le tribunal de Nancy, appelé à prononcer, vit dans la garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur une véritable clause de priorité, et en conséquence colloqua Barbier seul en premier ordre.

Appel par Goult.

savoir si la clause par laquelle le cédant avait garanti au premier cessionnaire la solvabilité présente et future du débiteur équivalait à la concession d'un droit de préférence. Telle est la question que la cour de Nancy a résolue négativement.—Il avait été précédemment jugé, en sens contraire, que le cessionnaire de partie d'une créance privilégiée que le cédant a promis de garantir, fournir et faire valoir, avec subrogation dans ses droits, priviléges et hypothèques, doit être préféré à un cessionnaire postérieur d'une autre partie de cette même créance (Paris, 17 avr. 1834, D. P. 35. 2. 175). C'est en ce sens aussi que se prononcent MM. Mourlon, *Exam. crit.*, n° 328 ; Pont, *Comment.-traité des privil. et hyp.*, n° 239 ; Rolland de Villargues, *loc. cit.*, n° 147, et la *Jur. gén.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 494. " Promettre qu'une créance sera payée, dit M. Mourlon (*loc. cit.*), c'est virtuellement s'engager à ne point l'entraver dans son exercice, à s'abstenir de tout acte susceptible de la rendre inefficace en tout ou en partie, et, par conséquent, à ne pas faire valoir, à l'encontre du privilége dont elle est munie, un autre privilége ou tout autre droit qui pourrait l'empêcher de sortir son effet. Or s'engager à ne pas mettre son privilége en conflit avec un privilége qu'on a cédé, c'est tacitement y renoncer au profit de son cessionnaire et dans la limite de son intérêt."

ARRÊT.

LA COUR ; — Attendu, en droit, qu'il est de principe certain que les cessionnaires partiels d'une même créance privilégiée n'ont aucun droit de préférence entre eux, résultant de la date ou de l'antériorité de leurs créances, et que, si les deniers à distribuer ne sont pas suffisants pour les couvrir intégralement, la perte doit être supportée en commun, et la distribution doit avoir lieu au marc le franc de leurs créances ;—Attendu qu'une exception à ce principe ne pourrait être admise que dans le cas où le cédant aurait expressément stipulé, en faveur d'un cessionnaire partiel, un droit de préférence exclusive de toute concurrence, qu'il lui aurait promis une primauté de rang dans l'exercice du privilége partiellement cédé, et qu'ainsi il se serait formellement engagé à s'interdire à l'avenir toute autre cession du reliquat de sa créance dans les conditions ordinaires du droit commun, c'est-à-dire à égalité de rang ;—Attendu qu'il n'en est pas ainsi dans l'espèce ; que les héritiers Florentin, en ajoutant, dans les deux cessions qu'ils ont faites successivement à Barbier et à Goult, la clause *identique* de garantie de solvabilité actuelle et future de leur débiteur Cotel, n'ont pas modifié le droit commun d'égalité de rang entre deux cessions de date différente, applicables à la même créance ; —Attendu, en effet, que le cédant qui garantit à son cessionnaire la solvabilité actuelle et future du débiteur contracte une obligation spéciale de cautionnement qui engage, de même que toute obligation personnelle, ses biens présents et à venir sans distinction, mais aussi sans droit de privilége ou de préférence sur aucun desdits biens ; — Attendu que cette garantie a éventuellement pour objet d'obliger le cédant à restituer à son cessionnaire le prix reçu de lui, dans le cas où le débiteur deviendrait insolvable, mais ne l'empêche nullement, nonobstant cette prévision d'insolvabilité incertaine, de disposer en attendant librement, suivant le droit commun, de ses biens, de ses créances, y compris le

reliquat de celle dont il s'est partiellement dessaisi ;—Attendu que toute autre extension donnée à la clause de garantie dont il s'agit a pu fournir peut-être à quelques auteurs des raisonnements subtils ou captieux, mais n'est pas juridiquement admissible ; que c'est à tort que l'on voudrait l'assimiler à une stipulation expresse de préférence ou d'antériorité, qui enlèverait au cédant le pouvoir d'amoindrir, par des cessions semblables ultérieures, le gage qu'il aurait donné à son premier cessionnaire ; que ni les expressions ni le sens de cette clause ne comportent une semblable interprétation, et que vainement pour la justifier on a fait l'objection que le cédant qui aurait stipulé cette clause de garantie ne pourrait plus venir personnellement en concurrence avec son cessionnaire, s'il avait conservé le reliquat de sa créance, et qu'ainsi il n'a pas pu transmettre à un second cessionnaire plus de droit, plus d'avantage qu'il ne lui en était resté à lui-même ;—Attendu que la position du deuxième cessionnaire en concurrence avec le premier n'est pas du tout la même que celle du cédant ; qu'en effet, il n'est pas tenu des engagements de cautionnement par lui contractés envers le premier cessionnaire, et que ce sont précisément ces engagements qui le lient en cette occurrence et qui, donnant lieu contre lui à l'application de la maxime *quem de evictione tenet actio*..., l'empêchent de venir en concurrence avec son cessionnaire et l'obligent à supporter seul toute la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur ; — Attendu que, cette objection ainsi écartée, il reste en faveur de la concurrence au marc le franc entre les cessionnaires partiels d'une même créance privilégiée les principes du droit commun, qui doivent prévaloir et ne sont pas atteints par la clause de garantie personnelle de la solvabilité du débiteur ;

Par ces motifs, dit que la somme à distribuer sera attribuée aux cessionnaires au marc le franc de leurs créances ou cessions respectives.

Du 9 mars 1858.-C. de Nancy, 2e ch.-MM. Riston, pr.-Alexandre, 1er av. gén., c. contr.-Catabelle et Welche, av.

* *Troplong, Priv. et hyp., sur art.* 2097 *C. N., n°* 83 *et s.* } 83. J'ai cité plus haut (n. 22) la loi *Privilegia* 32 au D. *de rebus auct. jud. possid.* (1), qui pose le principe consacré par l'art. 2097. Je crois devoir rappeler les expressions de cette loi, qui est un des fondements du système des privilèges. *Privilegia non tempore æstimantur, sed ex causâ ; et si quidem ejusdem fuerint tituli, concurrunt, licet diversitas temporis in his fuerit.*

Telle est aussi la doctrine de nos anciens auteurs, par exemple de Loyseau dont j'ai déjà rapporté le texte (n° 22). J'ajoute ici la citation suivante, empruntée au même auteur (2).

" Si donc deux privilégiés ont un privilége égal ou de " même titre, c'est-à-dire un même privilége, comme ceux " qui ont prêté pour l'achat de l'office, ils concourent en- " semble, bien que l'un ait fait son prêt plus tôt que l'autre ; " et la raison de cette concurrence est que, ne pouvant user " de leurs priviléges *contrà æquè privilegiatos, res reducitur* " *ad jus commune,* qui est de concourir et de venir à contri- " bution l'un avec l'autre en deptes personnelles (3). Mais ès " hypothécaire, c'est un droit perpétuel que *qui prior est* " *tempore, potior est jure.*"

84. On conçoit, en effet, sur quoi est fondée la nécessité de cette concurrence entre créanciers ayant le même rang ; car si deux titres égaux se rencontrent, ils se choquent et s'empêchent l'un l'autre. *Mutuo se impediunt et confunduntur.* C'est ce qui a fait dire à Covarruvias : " Qui privilegium " simile habet in re et specie de quâ agitur, non potest uti

(1) Pothier, *Pand.*, t. III, p. 186, n. 34.

(2) *Offices,* liv. III, chap. VIII, n. 88.

(3) Add. Sur cette règle encore applicable, Persil observe " que la règle de cet article n'est proprement applicable qu'aux priviléges sur les meubles et à ceux qui portent à la fois sur les meubles et les immeubles ; mais que, pour les autres, la préférence se règle le plus souvent par l'époque de leur publicité. C'est ce que nous verrons aux art. 2106 et suiv." Ernst, p. 9.

" contrà eum qui simile in re habet privilegium," Même doctrine dans Merlinus (1), dans Basnage (2) et Domat (3). Balde avait dit avant eux, dans son langage souvent très expressif : " Quando concurrunt duæ virtutes paris potentiæ, " tantum juris habet una ad retinendum, quantum altera ad " obtinendum." (4)

85. Je sais bien que Loyseau ajoute quelque chose que certains jurisconsultes (5) ont trouvé contradictoire avec ce qui précède.

Il dit en effet : " *Aux priviléges reels* il n'y a point de con- " currence comme de ceux qui ont prêté pour l'achat d'une " maison sous divers contrats portant hypothèque ; le pre- " mier en hypothèque doit être mis en ordre devant l'autre."

Mais Loyseau écrivait ceci à une époque où, comme je l'ai dit ci-dessus (n° 23), on tenait encore au système des Romains, où les priviléges n'étaient considérés que comme donnant lieu à des poursuites personnelles sans affectation sur la chose, et où il fallait une stipulation d'hypothèque, soit expresse, soit tacite, pour que le privilége affectât la chose. Or, on voit que Loyseau ne parle que de priviléges réels, c'est-à-dire d'*hypothèques privilégiées*, ainsi qu'il prend soin de l'expliquer, n° 21 ; et puisqu'il s'agissait d'hypothèque, il fallait bien consulter la date, pour établir la différence d'après la raison donnée par Cujas et rapportée ci-dessus (n° 19).

Ainsi, cette décision de Loyseau ne s'applique pas aux priviléges proprement dits ; elle ne concerne que les hypothèques. Je ne vois donc aucune contradiction dans la doctrine qu'il émet. Lorsqu'il s'occupe de l'office, qui n'avait pas de

(1) *De pignor.*, lib. III, cap. II. q. 63.

(2) Part. I, ch. XVI, p. 72, col. 2.

(3) Liv. III, sect. V, art. 2.

(4) Sur la loi 38, D. *comm. divid.*

(5) Voy. la plaidoierie de Me Gréard, dans Basnage, *Hyp.*, ch. XIV, p. 76, col. 2.

suite par hypothèque, qui ne pouvait être l'objet que de simples *privilèges personnels*, il prononce qu'entre les divers bailleurs de fonds il y a égalité, quelle que soit l'époque des prêts : car la faveur de ces prêts est la même, et, en matière de priviléges personnels, c'est la faveur de la cause, et non la date, qu'on doit considérer.

Mais, lorsque Loyseau parle des prêts faits par acte authentique pour l'achat d'un immeuble, il remarque que l'hypothèque se joint ici au privilége personnel, qu'il y a affectation sur la chose, et que le premier prêt doit être préféré au second, d'après les principes généraux qui veulent que la préférence entre créanciers hypothécaires se règle par la date de l'hypothèque.

86. Cependant, comme je l'ai dit plus haut (nº 23), il se fit, après l'époque où écrivait Loyseau, une espèce de révolution dans le système des priviléges. La distinction des priviléges en personnels et réels, que Loyseau avait encore enseignée d'après les principes du droit romain, s'effaça peu à peu. Tous les priviléges devinrent réels; ils eurent, par le seul fait de la loi, une assiette déterminée, et ils arrivèrent au point de faveur de remplacer l'hypothèque privilégié des Romains, et d'obtenir la préférence sur les hypothèques simples.

Cette transition insensible, née du mélange des principes du droit romain avec les principes du droit français et de l'ignorance des praticiens, amena pour résultat d'appliquer aux priviléges réels le principe de concurrence que la loi *Privilegia* n'appliquait qu'aux priviléges personnels. Et en effet, dès qu'on vit que le privilége primait l'hypothèque, on considéra ces deux droits comme étrangers l'un à l'autre. L'idée d'hypothèque se détacha tout à fait de l'idée de privilége, et la règle des temps fut oubliée dans le régime des priviléges, et ne résida plus que dans le régime des hypothèques. C'est de cette confusion des priviléges personnels avec les hypothèques privilegiées qu'il arriva que ce qui,

dans le droit romain, ne concernait que les priviléges personnels, fut étendu à tous les priviléges.

Cependant cette jurisprudence eut de la peine à s'établir. Basnage rapporte un *arrêt solennel* du parlement de Rouen, en date du 28 juin 1668, qui décida, après une discussion approfondie, qu'entre deux prêteurs, également privilégiés, la préférence devait être accordée à celui qui avait le double privilége du temps et de la cause (1).

La même chose fut jugée au parlement de Bretagne, le 3 janvier 1667, par un arrêt, dans l'espèce duquel un sieur de Bellefosse avait pris de l'argent à rente de deux prêteurs pour payer la dot de sa fille.

La question s'étant présentée depuis au parlement de Rouen, il y eut partage à l'audience de la grand'chambre du 28 février 1675, et les parties s'accommodèrent.

Mais postérieurement la concurrence fut adoptée par la jurisprudence des arrêts. Basnage donne un arrêt du parlement de Rouen, du 1er août 1676, qui le juge ainsi. Elle n'a plus été mise en doute parmi les jurisconsultes.

Je ne peux m'empêcher de remarquer cependant que la jurisprudence qui avait précédé n'était pas sans quelque fondement.

En effet, puisque le privilége produit de plein droit en France une affectation sur la chose, on ne conçoit pas facilement pourquoi l'ordre du temps n'est compté pour rien. Par cette affectation, le débiteur s'est dépouillé en quelque sorte du bien soumis au privilége. Cette espèce d'aliénation est irrévocable, et il n'a pu affecter ce même bien à de nouveaux priviléges que jusqu'à concurrence de ce qui restait libre.

Je conçois bien qu'entre créanciers qui n'ont de droit que sur la personne et nullement sur la chose, l'ordre des temps

(1) Les deniers avaient été prêtés pour l'achat d'*un office*. Du temps de Basnage, les offices étaient susceptibles d'hypothèque ; ce qui était problématique du temps de Loyseau (*Offices*, liv. III, ch. VIII, n. 28, et liv. III, ch. III). Quant à Basnage, sur l'aptitude de l'office à être hypothéqué, voy. chap. X.

ne soit compté pour rien dans la fixation des rangs. J'en ai donné la raison (*suprà*, nº 14). Je conçois également que la même chose eût lieu chez les Romains, pour les priviléges attachés aux actions personnelles ; car les priviléges n'affectaient pas les biens, et dès lors le créancier, ne s'étant réservé aucun droit sur les biens, n'avait aucune raison pour s'appuyer sur le privilége des temps, à l'effet de se faire payer avant les autres créanciers.

Mais, lorsqu'il y a affectation sur la chose, ainsi que cela existe dans le système de nos priviléges, celui qui est le premier en date est pour ainsi dire saisi de cette chose avant les créanciers postérieurs, qui ne peuvent prétendre de droits qu'autant qu'il sera renvoyé indemne pour le total. Cela a lieu pour les hypothèques. On ne voit pas de raison pour faire une différence à cet égard entre les priviléges et les hypothèques, d'autant que, comme je l'ai prouvé ci-dessus, (nº 27), nos priviléges ont le cortége et le secours d'une espèce d'hypothèque tacite, qui frappe la chose sur laquelle ils sont assis. On voit donc que *logiquement* il est fort difficile de trouver dans les priviléges réels l'identité de rang qui conduit à la concurrence.

Quoi qu'il en soit, la loi existe (1). Le code civil a cru devoir consacrer la jurisprudence telle qu'il l'a trouvée établie. Peut-être eût-on mieux fait de voir sur quels fondements fragiles elle était fondée ; mais on a plié devant la règle de la loi *Privilegia*, qui a paru respectable par son antiquité, mais qui, détournée de son véritable objet, a donné un libre champ à l'erreur des praticiens.

87. Le code dit, dans notre article, que les créanciers privilégiés *qui sont dans le même rang* sont payés par concurrence.

Que signifie ce mot *rang ?*

" On ne peut regarder comme étant dans le même rang, " dit Tarrible (2, ni les divers créanciers ayant des privi-

(1) Art. 2103, n. 2 du code civil ; *infrà*, n. 87.

(3) *Répert.*, vº *Privilége*, p. 16, col. 2.

" léges généraux sur les immeubles, ni les divers créanciers " ayant des priviléges spéciaux sur certains meubles, ni les " divers créanciers ayant privilége sur les immeubles, " puisque la loi assigne nominativement des préférences " entre les divers priviléges compris dans chacun de ces " trois genres.

" On ne peut pas même faire résulter l'identité du rang " de l'identité du privilége. L'art. 2103, nº 1, en fournit une " preuve : lorsqu'il y a eu plusieurs ventes successives d'un " immeuble, et que le prix de ces ventes est dû aux vendeurs " respectifs, chacun de ces vendeurs a un privilége de même " nom, de même nature, sur l'immeuble vendu; mais le " premier est préféré au second, le deuxième au troisième, " et ainsi de suite (1).

" On ne peut considérer comme étant dans le même rang " proprement dit, que les créanciers qui y *sont nominative-* " *ment placés par la loi.* Ainsi, les boulangers et les bou- " chers, désignés dans l'art. 2101, nº 5; les divers prêteurs " d'argent pour payer le prix d'une acquisition d'immeubles, " désignés dans l'article 2103, nº 2; les prêteurs de deniers " pour payer ou rembourser des ouvriers désignés dans le " même article, nº 5; sont placés nominativement dans le " même rang et doivent être payés par concurrence; c'est-à- " dire, qu'en cas d'insuffisance du prix, chacun doit en " recevoir une part proportionnelle au montant de sa " créance (2)."

Cette explication de Tarrible mettra à même de juger facilement des cas où la concurrence doit être rejetée ou admise.

(1) Le même cas se présente, mais dans un ordre inverse, pour différents prêts successifs à la grosse.

(2) Add. Op. conf. de Battur, page 35, où il ajoute: " On entend par *rang*, non un article, paragraphe ou section, mais le numéro; et l'on ne peut pas même faire résulter l'identité du rang de l'identité du privilége, par exemple lorsque plusieurs ventes successives du même immeuble ont eu lieu et que le prix en est dû." Op. conf. à Battur par Leclerq, t. VII, p. 256.

Ainsi seront payés par concurrence les médecins, apothicaires, gardes-malades qui auront soigné le défunt dans sa dernière maladie (art. 2101, n° 3).

Il en sera de même des maîtres de pension, et marchands en gros pour fournitures de subsistances faites pendant la dernière année (art. 2101, n° 5) ; des ouvriers quelconques qui auront été employés, chacun pour ce qui concerne leur profession, pour la conservation de la chose mobilière (art. 2103, n° 4) ; des architectes, entrepreneurs, maçons et autres, employés pour édifier, reconstruire ou réparer des choses immobilières quelconques (art. 2103, n° 4).

Je crois aussi que les priviléges du trésor public, pour frais de poursuites criminelles et sur les meubles des comptables, doivent être payés par concurrence (1).

88. En se pénétrant des principes qui déterminent l'identité de rang, on verra aisément que certains priviléges que dans l'ancienne jurisprudence plusieurs auteurs faisaient concourir les uns avec les autres, ne peuvent plus aujourd'hui marcher sur la même ligne. Ainsi, on n'aura plus à examiner si les chirurgiens, apothicaires et autres, doivent aller d'un pas égal avec celui qui aurait fait les frais funéraires. Cette opinion, enseignée par Pothier (2), ne paraît plus être admissible d'après l'article 2101 du code civil.

89. Puisque c'est un principe constant que les priviléges placés dans le même rang doivent concourir, on doit conclure qu'il ne faut pas établir de préférence entre deux cessionnaires de parties d'une créance privilégiée, quoique la cession faite à l'un soit antérieure à l'autre. C'est ce que la cour de cassation a décidé par arrêt du 4 août 1817 (3). Grenier (4), qui examine cette question, se décide aussi pour la

(1) *Suprà*, n. 35, 38, 39. (2) *Procéd. civile*, p. 196.

(3) Sirey, XVII, 1, 373 ; Dalloz, *Hyp.*, p. 77, note 1. Voy. *infrà*, n. 366.

(4) Add. Grenier ajoute, n. 297 : " Tels étaient les anciens principes, et la jurisprudence y était conforme. Renusson, *Traité de la subrogation*, p. 121 ; Brodeau, *sur l'art.* 75 *de la coutume de Paris* ; et Domat, liv. III, sect. V, art. 2, enseignent cette doctrine."

concurrence, et, en effet, les cessionnaires, exerçant les droits des cédants privilégiés en leur lieu et place (1), n'ont que des droits égaux et ne peuvent prétendre à aucune préférence l'un sur l'autre (2).

89. 2° La même règle sert à décider la question de savoir si l'on doit établir une hiérarchie de préférence entre les créanciers de divers frais de justice qui se présentent dans la même distribution. Par arrêt du 27 mars 1824 (3), la cour royale de Paris a jugé que les frais *de scellés* doivent être colloqués avant les frais de *garde des scellés*, et les frais de garde avant *les frais d'inventaire*. Mais en présence d'une pareille décision, que devient la règle de la concurrence entre privilèges placés dans le même rang ? La cour de cassation a été bien plus fidèle aux principes, lorsque, par arrêt du 8 décembre 1825 (4), elle a décidé que les frais de curatelle à succession vacante, ceux de scellés, d'inventaire, de prisée et de vente faits pour la conservation et la liquidation en argent des meubles d'un individu, devaient être payés par concurrence comme occupant le même rang.

---

* *Troplong, Priv. et Hyp., sur art.* 2112 *C. N., n°* 366-7, 379. } 366. Lorsque le créancier privilégié a cédé son droit à différents cessionnaires porteurs de titres successifs, ils con-

(1) Art. 2112 du code civil.

(2) Il résulte néanmoins de cet arret que le cédant peut, par des stipulations expresses, établir une préférence entre les portions de la créance transportée.

La cour de Paris a aussi jugé, le 17 avril 1834 (Sirey, XXXIV, 2, 305; Dalloz, XXXV, 2, 175), que la cession faite, avec promesse de fournir et faire valoir, de partie d'une créance privilégiée dont le cédant s'est réservée le surplus, établit au profit de ce cessionnaire le droit d'être payé par préférence à tout cessionnaire ultérieur de la portion de créance que le cédant s'était réservée.

(3) Dalloz, *Hyp.*, p. 80, 81.

(4) Dalloz, XXVI, 1, 28.

courent entre eux et ne peuvent se prévaloir de la date de ces titres pour prétendre une préférence les uns sur les autres.

La raison en est que les priviléges s'estiment non par le temps, mais par la cause, et que, d'après l'article 2097, les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence.

Je renvoie à ce que j'ai dit à ce sujet, n[os] 83 et suivants, et particulièrement à l'arrêt de la cour de cassation, du 4 août 1817, que j'ai cité n° 89, et qui décide positivement que les cessionnaires d'une même créance privilégiée ont un droit égal, quoique le titre de l'un soit antérieur aux titres des autres. C'est aussi l'avis de Grenier (1).

Je fais observer néanmoins que, d'après l'arrêt de la cour de cassation, dont les considérants doivent être remarqués, il semble que le cédant peut, par des stipulations expresses, établir une préférence entre les portions de la créance transportée. Car la vente est susceptible de toutes les conditions et modifications, et les cessionnaires devraient respecter les engagements auxquels ils se seraient assujettis (2).

(1) T. II, p. 227, n. 389.

(2) Voir *suprà*, n. 107, note 3.

Add. Op. conf de Grenier, n. 389, où il dit : " C'est ce que font les notaires habiles qui appellent l'attention des parties sur le cas où le montant de toute la créance qui est cédée partiellement, ne rentrerait pas en entier, et sur les moyens d'éviter la concurrence qui donnerait lieu à une contribution au marc le franc. Ce règlement d'ordre a le double avantage d'éviter des contestations entre les cédataires, et de plus entre eux et le cédant. En effet, s'il n'y a pas de stipulation précise, celui-ci, s'il reste dû quelque portion de la créance au delà de ce qu'il a cédé, est toujours présumé se l'être réservée au préjudice des cédataires. La cour de cassation a confirmé elle-même, par un des motifs de l'arrêt du 4 août 1817, la légitimité des stipulations que je viens d'indiquer. " Attendu, y est-il dit, que les actes de cession ne contenant aucune stipulation particulière d'où l'on puisse induire que le cédant ait " voulu établir aucune préférence entre les parties de la créance cédée " ou réservée, la simple subrogation qui en résulte ne peut nuire ni à " lui-même, ni à ses cessionnaires postérieurs pour ce qui lui restait dû." Toutes les ventes ou cessions de propriétés particulières sont susceptibles

367. Si le créancier privilégié avait cédé une portion seulement de sa créance, et qu'il fût resté propriétaire du surplus, il pourrait se présenter une difficulté sur le rang qu'il faudrait lui assigner, en cas d'insuffisance des deniers distribués.

Par exemple, Pierre est créancier de Jacques, de 50,000 francs, pour une terre qu'il lui a vendue.

Pierre cède la moitié de cette créance à Sempronius, qui la lui paye 24,000 francs.

L'immeuble étant vendu par saisie réelle, ne produit qu'une somme de 40,000 francs.

Pierre et Sempronius devront-ils concourir, et faire une perte proportionnelle? ou bien l'un doit-il l'emporter sur l'autre?

En se reportant aux principes, on aperçoit clairement que la concurrence est impossible.

Pierre a vendu à Sempronius une créance de 25,000 francs; il doit par conséquent l'en faire jouir, et dès lors il est manifeste qu'il doit lui céder la préférence. C'est aussi l'opinion de Grenier (1).

On objectera peut-être que, dans la cession faite purement et simplement, le cédant n'est tenu que de la garantie de droit, c'est-à-dire de l'existence de la créance, et nullement de l'insolvabilité (art. 1693 du code civil); que dès lors, ne devant pas garantir au cessionnaire qu'il sera payé de la totalité de son dû, il n'y a pas de raison pour que ce dernier lui soit préféré.

de toutes conditions relatives aux intérêts des contractants. On sent qu'il est particulièrement à propos que les cessionnaires partiels de la créance, avec stipulation qu'ils seront dispensés de la concurrence, s'empressent de faire notifier la cession au débiteur, ou de la lui faire accepter, pour qu'il ne contrevienne pas à l'ordre des payements qu'il doit faire."

Op. conf. de Battur, n. 128 : " C'est, dit-il, le cas de leur appliquer la maxime : *Et si ejusdem tituli fuerint privilegia concurrunt, licet diversitates temporis his fuerint.*"

(1) T. Ier, n. 93.

Mais je répondrai qu'il serait tout à fait contraire à la bonne foi que le vendeur de la portion de créance cédée, après en avoir touché le prix, vint, par son propre fait, empêcher son cessionnaire de recouvrer la somme déboursée (1).

379. Quant aux créanciers subrogés entre eux, il est non moins certain qu'ils doivent venir par concurrence, et sans aucun égard à la date des subrogations. En effet, ils ont tous la même cause. Tous ont payé pour éteindre la dette ; leurs droits doivent être égaux (2).

Cependant il peut se présenter une question qui n'est pas sans difficulté.

J'ai dit que le créancier était préférable à ses subrogés pour ce qui lui reste dû. On demande donc si celui qui lui a payé un reliquat, et qui lui est subrogé, peut exercer la préférence qu'il était en droit de réclamer contre les autres subrogés.

Renusson examine cette difficulté (3), et décide que le créancier qui ne fait que recevoir son payement, et *qui*

(1) Add. Telle n'est pas l'opinion de Duranton, n. 228 : " Et si une partie seulement de la créance a été cédée, dit-il, le cessionnaire vient par concurrence avec le cédant, à moins de convention contraire, ainsi que nous l'avons dit au t. XII, n. 187. Ce n'est pas le cas d'un payement partiel fait avec subrogation, soit légale, soit conventionnelle ; dans ce dernier cas, l'article 1252 décide que la subrogation ne peut nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie, et en conséquence qu'il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. Au lieu que dans le cas d'une vente ou cession d'une partie de la créance, l'acheteur ou cessionnaire a tous les droits de son vendeur ou cédant quant à cette partie, à moins de réserve contraire. Il importe donc de bien distinguer la nature de l'acte qu'ont entendu faire les parties ; de voir si c'est un simple payement de partie de la créance avec subrogation mal à propos qualifiée cession, ou si c'est, au contraire, une véritable cession, un véritable transport, une véritable vente d'une partie de la créance, à laquelle on aurait donné, sans nécessité, la qualification de subrogation." Voy. ci-après, n. 378.

(2) Pothier, Orléans, tit. XX, n. 87 ; *infrà*, n. 608.

(3) Chap. XVI, n. 15.

touche les deniers pour le compte du débiteur qui se libère, ne peut pas subroger dans ce droit d'exclusion et de préférence dont il vient d'être question. Car, dit-il, encore que le créancier qui reçoit le payement de son dû, *consente la subrogation* en ses droits, au profit de ceux qui ont fourni leurs deniers au débiteur, la subrogation ne vient pas en ce cas du créancier qui est contraint, malgré qu'il en ait, de recevoir ce qui lui est dû ; elle vient plutôt du débiteur qui ne peut pas faire préjudice à ceux qui lui auraient prêté leurs deniers pour faire les premiers payements. Toullier est aussi de ce sentiment (1), et dit que c'est celui de Duparc-Poullain.

Mais Renusson pense que lorsque le créancier fait autre chose que recevoir son payement, lorsqu'il agit pour son utilité particulière, et qu'il transporte ses droits *venditionis causâ*, il peut céder son droit de préférence et d'exclusion (2). Car, quoi qu'en dise Toullier, ce droit n'est pas personnel ; il est susceptible d'aliénation. Il peut être vendu, et si le créancier ne peut y subroger, ce n'est pas à raison de la personnalité du droit, mais à raison des différences existantes entre la subrogation et la cession.

---

* 2 *Grenier, Hyp.*, *p.* 227. } S'il arrivait que le vendeur ou autre créancier privilégié cédât à plusieurs personnes, par différens actes, le montant de sa créance, avec la même subrogation à ses droits et priviléges, le cessionnaire antérieur pourrait-il réclamer la priorité sur les cessionnaires postérieurs, ou bien tous les cessionnaires viendraient-ils par concurrence ? Les divers cessionnaires ont un droit égal, quoique le titre de l'un soit antérieur au titre des autres ; ainsi ils doivent concourir. La question a été ainsi résolue par un arrêt de la Cour de cassation, du 4 août 1817, rapporté dans le journal de Séligny, continuateur de Denevers, vol. de 1817, pag. 549. J'expose les principes d'où se tire ce

(1) T. VII, n. 170, n. 239.

(2) Chap. XVI, n. 6 et 15.

point de jurisprudence, dans les observations générales qui sont en tête du chap. IV de la première partie. C'est sur ces principes qu'est fondé l'arrêt. Mais ce qu'on ne saurait trop remarquer, ainsi que je l'ai dit ailleurs, c'est que l'ordre dans lequel les subrogés peuvent prendre la portion de créance, même privilégiée, qui leur est cédée, peut être réglé par les clauses de la cession. C'est ce que font les notaires habiles qui appellent l'attention des parties sur le cas où le montant de toute la créance qui est cédée partiellement, ne rentrerait pas en entier, et sur les moyens d'éviter la concurrence qui donnerait lieu à une contribution au marc le franc. Ce règlement d'ordre a le double avantage d'éviter des contestations entre les cédataires, et de plus entre eux et le cédant. En effet, s'il n'y a pas de stipulation précise, celui-ci, s'il reste dû quelque portion de la créance au delà de ce qu'il a cédé, est toujours présumé se l'être réservée au préjudice des cédataires. La Cour de cassation a confirmé elle-même, par un des motifs de l'arrêt du 4 août 1817, la légitimité des stipulations que je viens d'indiquer. "Attendu, y est-il dit, que les actes de cession ne contenant aucune stipulation particulière d'où l'on puisse induire que le cédant ait voulu établir aucune préférence entre les parties de la créance cédée ou réservée, la simple subrogation qui en résulte ne peut nuire ni à lui-même, ni à ses cessionnaires postérieurs pour ce qui lui restait dû." Toutes les ventes ou cessions de propriétés particulières sont susceptibles de toutes conditions relatives aux intérêts des contractans. On sent qu'il est particulièrement à propos que les cesssionnaires partiels de la créance, avec stipulation qu'ils seront dispensés de la concurrence, s'empressent de faire notifier la cession au débiteur, ou de la lui faire accepter, pour qu'il ne contrevienne pas à l'ordre des payemens qu'il doit faire. Voyez ce qui est dit, partie Ire, n° 93.

1989. La Couronne a certains priviléges et droits résultant des lois de douane et autres dispositions contenues dans les statuts spéciaux relatifs à l'administration publique.

1989. The crown has certain rights and privileges resulting from the laws relating to customs, and from other provisions contained in special statutes concerning matters of public administration.

Consultez *Sts. Ref. Canada*, ch. 17, s. 10 et s.; ch. 19; ch. 23.

---

* *C. N.* 2098. } Le privilège, à raison des droits du trésor royal, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent.

Le trésor royal ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

1990. Les créanciers et légataires qui ont droit à la séparation du patrimoine du défunt conservent à l'égard des créanciers de ses héritiers ou légataires un droit de préférence et tous leurs priviléges sur les biens de la succession qui peuvent être affectés à leurs créances.

La même préférence a lieu dans les cas énoncés aux articles 802 et 966.

1990. The creditors and legatees of a deceased person who are entitled to separation of property, retain, against the creditors of his heirs and legatees, a right of preference and all their privileges upon such property of the succession as may be subject to their claims.

The same right of preference exists in the cases specified in articles 802 and 966.

* *C. N.* 878, } 878. Ils peuvent demander, dans tous les
2111. } cas, et contre tout créancier, la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier.

2111. Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre *des Successions*, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilège sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 743 et consultez *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37, s. 27, § 3.

---

* 2 *Bourjon, Dr. comm., Tit.* 8, *Des* } Voici un premier pri-
Exécutions, n° XXXV, p. 675. } vilege. Si les deniers saisis proviennent d'une succession échue au débiteur, et que parmi les créanciers saisissans, il y ait un créancier du défunt, ce créancier a sur ces deniers un privilege exclusif à tous les créanciers de l'héritier ; ces premiers ne pouvant avoir plus de droit que l'autre : base inébranlable de ce privilege.

Sur ce privilege de la séparation des biens, voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, quest. 27 ; le Brun, des successions, pag. 602, n. 11 et suivans, et pag. 603, et le tit. 7 du liv. 42 du digeste *de separationibus ;* c'est droit commun. Ce privilege est fondé sur ce que les créanciers de l'héritier ne peuvent avoir plus de droit que lui, et qu'il ne peut avoir de la succession que ce qui reste après les créanciers acquittés.

---

* 25 *Merlin, Rép., v^is Privilège* } Nous y avons aussi parlé
de créance, sec. 4, § 6, *n°* 2. } du Privilége des créanciers et légataires d'une succession, qui demandent la séparation du

patrimoine du défunt, sur les immeubles de la succession grevée envers eux ; mais seulement pour indiquer l'ordre dans lequel il doit être colloqué : ce n'est pas ici le lieu d'expliquer le but, les motifs, l'utilité et les effets de la séparation du patrimoine du défunt ; cette explication appartient naturellement à l'article *Séparation de patrimoine*. Nous y renvoyons le lecteur, et nous nous contenterons de retracer ici les idées de la matière qui nous paraissent nécessaires pour l'intelligence de la partie que nous traitons.

Il est dans l'ordre des choses que les créanciers du défunt soient payés sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Ainsi, quoique l'héritier soit également propriétaire des biens de la succession, et de ceux qu'il avait avant d'avoir recueilli la succession, la loi autorise les créanciers de la succession à demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, afin d'être payés exclusivement sur les biens de la succession, et d'éviter le préjudice qu'ils souffriraient de la confusion du patrimoine solvable du défunt avec le patrimoine insolvable de l'héritier.

Cette séparation absolument distincte et indépendante du système hypothécaire, s'applique aux meubles tout comme aux immeubles de la succession : le droit de la demander appartient également aux créanciers hypothécaires et aux créanciers chirographaires de la succession ; et elle peut être exercée par eux contre tous les créanciers personnels de l'héritier, quel que soit leur titre.

La séparation ne peut, suivant l'art. 870 du Code civil, être exercée lorsqu'il y a novation par l'acceptation de l'héritier pour débiteur.

La séparation, ainsi que le mot l'indique lui-même, ne peut avoir lieu que tandis que les biens de la succession restent réunis dans la main de l'héritier, avec ceux qui lui appartiennent personnellement. Si l'héritier avait aliéné des biens de la succession, ainsi qu'il en a le droit, avant la demande des créanciers, cette aliénation formerait une sépara-

tion réelle et effective, qui ne permettrait plus d'en former une nouvelle au profit des créanciers de la succession, du moins pour ce qui concernerait les biens aliénés. C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 880 du Code civil, qui dit que, " à " l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils " existent dans la main de l'héritier". En effet, il suit clairement de là que, si les immeubles de la succession avaient cessé d'exister dans la main de l'héritier, au moment où les créanciers de la succession voudraient former leur demande en séparation, l'action ne pourrait plus être exercée, tout au moins quant aux immeubles aliénés : à plus forte raison l'aliénation des meubles avant la demande, devrait-elle produire le même effet, puisqu'il n'est pas permis de suivre dans une main étrangère les meubles aliénés par le vrai propriétaire, ni en vertu d'une hypothèque dont ils ne sont pas susceptibles, ni en vertu d'aucun autre droit.

Mais le même art. 880 établit une grande différence entre les meubles et les immeubles, relativement à la durée de l'action : elle se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois ans, lors même que les meubles seraient encore en entier dans la main de l'héritier. Lorsqu'il s'agit des immeubles, au contraire, l'action n'a point de terme, et elle peut être exercée, comme nous l'avons dit, *tant qu'ils existent dans la main de l'héritier.*

Ces termes sont précisément ceux de l'art. 880. Cependant on ne peut se dissimuler qu'il ne soit bien difficile de les concilier avec l'art. 2111, qui est ainsi conçu :

" Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre des *successions*, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, *leur privilège* sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession.

" Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne

peut être établie avec effet sur ces biens, par les héritiers ou représentants, au préjudice de ces créanciers ou légataires."

Ce que cet article appelle *le privilège des créanciers ou légataires sur les immeubles de la succession*, n'est, et ne peut être autre chose que le droit de se faire payer sur les immeubles de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Or, si ce privilège et ses effets ne peuvent se conserver que par les inscriptions faites sur chaque immeuble dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession, il s'ensuit qu'à défaut d'inscription dans le délai prescrit, le privilège est perdu ; il s'ensuit que les créanciers de la succession ne peuvent plus invoquer la préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, et que ceux-ci peuvent concourir avec les premiers à la distribution du prix des immeubles de la succession, selon l'ordre général des hypothèques ; il s'ensuit enfin qu'après ce délai, les créanciers de la succession ne peuvent plus demander utilement la séparation du patrimoine, ou obtenir les effets qu'ils en attendaient, quoique les immeubles soient encore dans la main de l'héritier.

Nous pouvons donc assurer que, s'il n'y a pas une antinomie proprement dite entre les art. 878 et 880 et l'art. 2111, du moins celui-ci modifie ceux-là ; et qu'il est plus prudent d'éluder la difficulté que d'en courir les chances, en prenant inscription sur les immeubles de la succession, dans les six mois, à compter de son ouverture, à l'effet de conserver intact le bénéfice ou le privilège de la séparation du patrimoine.

Lorsque les créanciers de la succession et les légataires auront rempli cette formalité, dans le délai prescrit, ils conserveront dans toute sa plénitude le droit de séparation du patrimoine ; et ils conserveront, par voie de suite, la préférence sur tous les créanciers personnels de l'héritier, dans la distribution du prix des immeubles de la succession. Mais cette préférence collective et commune aux créanciers, tant hypothécaires que chirographaires de la succession, sera l'unique effet des inscriptions prises à temps : elles ne chan-

geront nullement la condition du créancier chirographaire de la succession, relativement aux créanciers, soit hypothécaires, soit privilégiés, de la même succession. Du moment que, par l'action collective des créanciers de la succession, la séparation du patrimoine sera opérée, et que les créanciers personnels de l'héritier seront écartés de tout concours sur le patrimoine du défunt, les créanciers de la succession, soit privilégiés, soit hypothécaires, soit chirographaires, reprendront entre eux leur ordre et leurs droits respectifs, et les exerceront de la même manière que si le défunt était encore vivant.

Telle est donc la nature de ce privilège, qu'il appartient à la masse des créanciers et légataires d'une succession, et qu'il s'exerce contre tous les créanciers de l'héritier pris collectivement ; qu'il est indépendant des privilèges et hypothèques ordinaires, puisqu'il appartient à de simples créanciers chirographaires ; et que, néanmoins, il peut très bien se concilier avec les privilèges et hypothèques ordinaires, puisque les créanciers de la succession, investis de ces droits, les exercent dans leur plénitude contre les créanciers chirographaires de la même succession ; et que, s'ils avaient perdu le privilège de la séparation, faute d'inscription spéciale dans les six mois, ils n'en conserveraient pas moins le rang que leurs privilèges ou hypothèques leur assigneraient, à l'égard des créanciers p·rsonnels de l'héritier.

[[Au surplus, *V.* l'article *Séparation des patrimoines*.]]

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *Tit.* 2, *p.* 64 *et s.* } *De la séparation des biens du défunt, et de ceux de l'héritier entre leurs créanciers.*—On a vu, dans le titre precédent, que l'un des usages de l'hypothèque est d'affecter les biens du débiteur en quelques mains qu'ils puissent passer. Mais quand ils ne passent que du débiteur à son héritier, le créancier conserve son droit, encore qu'il n'ait aucune hypothèque, parce que l'héritier ne succède aux biens qu'à la charge

d'acquitter les dettes. Ainsi, tous les créanciers du défunt sont à l'égard de son héritier au même état où ils étaient à l'égard de leur débiteur, chacun conservant sur les biens du défunt, ou son hypothèque, ou son privilége, ou sa simple créance telle qu'il l'avait. Mais ce changement qui fait passer les biens du débiteur à son héritier, ayant cet effet que les créanciers de cet héritier auront aussi leur droit sur ces biens qui lui sont acquis, il arrive que, lorsque l'héritier n'a pas assez de ses biens propres pour ses créanciers, ceux du défunt se trouvent en péril de voir passer les biens du défunt aux créanciers de l'héritier, et il y est pourvu par la séparation des biens du défunt et de ceux de l'héritier entre leurs créanciers.

C'est par l'usage de cette séparation que les créanciers du défunt qui craignent que son héritier ne soit pas solvable, empêchent la confusion des biens du défunt avec ceux de l'héritier, afin que les biens de leur débiteur leur soient conservés, et ne passent pas aux créanciers de cet héritier.

Mais si les créanciers de l'héritier craignent de leur part que cet héritier leur débiteur, s'engageant dans une succession onéreuse, ses biens ne passent aux créanciers du défunt à leur préjudice, il est de la même équité qu'ils puissent distinguer et séparer les biens de l'héritier de ceux du défunt. Sur quoi il faut remarquer, qu'encore que la condition des créanciers de l'héritier et celle des créanciers du défunt doivent être égales, le droit romain en avait disposé autrement, et n'accordait pas la séparation aux créanciers de l'héritier, par cette raison qu'un débiteur ayant la liberté de s'obliger, il peut empirer la condition de ses créanciers par de nouveaux engagements à leur préjudice. Mais cette subtilité n'a pas été goûtée dans notre usage; et on a jugé que la liberté que peut avoir un débiteur de contracter de nouvelles dettes, quoiqu'il en arrive du préjudice à ses créanciers, ne doit pas être tirée à une telle conséquence. Car s'il est permis à ce débiteur de se faire de nouveaux créanciers en acceptant une succession chargée de dettes, il ne doit pas

être défendu à ses créanciers d'user du droit qu'ils ont sur ses biens pour empêcher qu'il ne les assujettise aux charges de cette succession; et il est de la même justice de leur accorder cette séparation, que de l'accorder contre eux aux créanciers du défunt pour les biens de la succession.

Il est vrai qu'en de certains cas on accordait dans le droit romain la séparation aux créanciers de l'héritier; comme s'il acceptait une succession onéreuse pour frauder ses créanciers; et encore n'accordait-on pas facilement la séparation dans ce cas-là même. Et elle avait aussi lieu dans quelques autres cas dont il serait inutile de parler ici; mais ces exceptions ne suffisaient pas pour faire justice aux créanciers de l'héritier, et notre usage leur accorde la séparation indistinctement.

Cette remarque de notre usage servira d'avertissement qu'il faut étendre aux créanciers de l'héritier les règles qui seront recueillies dans ce titre, quoiqu'il n'y soit parlé que des créanciers du défunt.

1. Lorsque les créanciers d'un défunt craignent que l'héritier ne soit pas solvable, ils peuvent faire séparer les biens de la succession de ceux de l'héritier, pour s'assurer les biens du défunt leur débiteur, contre les créanciers de son héritier. (C. civ. 878.)

Quoique cette règle paraisse bornée aux créanciers du défunt, ceux de l'héritier ont le même droit suivant notre usage, comme il a été remarqué dans le préambule.

Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, les créanciers n'étaient pas tenus de prendre inscription pour conserver le droit de demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier.—Ils pouvaient la demander après la vente des biens, mais avant la distribution du prix.—Ils pouvaient former cette demande, même sur l'appel du jugement d'ordre.—La prescription, à cet égard, courait du jour où ils avaient intérêt à demander cette séparation de patrimoine. La demande en séparation de patrimoine est recevable entout état de cause, même en appel.

Le créancier de la succession peut réclamer l'effet du privilége appartenant à l'un des co-héritiers sur les biens échus à l'autre, à l'exclu-

sion de leurs créanciers respectifs, et se faire colloquer sur le prix de ses biens au lieu et place de l'héritier privilégié.

Le donataire universel à cause de mort ne pouvant pas être assimilé à l'héritier qui a perdu par son acceptation pure et simple la faculté du bénéfice d'inventaire, peut renoncer ultérieurement à la donation (qu'il avait acceptée expressément ou tacitement) afin de faire valoir ses créances personnelles contre la succession. On ne peut lui opposer la maxime : *semel hæres, semper hæres.* Les créanciers d'une succession doivent être payés avant les créanciers personnels de l'héritier, même lorsqu'ils ont négligé de former leur demande en séparation de patrimoine.

L'acte par lequel l'héritier ratifiant l'obligation du défunt, hypothèque ses biens à l'exécution de cette obligation, emporte, de la part du créancier, acceptation pour son débiteur, de l'héritier du défunt, et par suite contient une novation de la dette ; au point que le créancier ne peut lui demander la séparation des patrimoines.

Quand une demande en séparation de patrimoine est nécessaire pour empêcher la confusion, il ne suffit pas qu'il y ait eu inventaire de l'un des deux patrimoines ; cette inventaire n'a pas l'effet d'empêcher la confusion.

Il y a confusion de patrimoine, lorsque l'héritier qui a voulu l'immeuble héréditaire, en a reçu le prix, quoique l'acquéreur, ayant mal payé, soit obligé de rapporter son prix aux créanciers.

2. Le droit de cette séparation est indépendant de l'hypothèque, et les créanciers chirographaires peuvent la demander. Car le simple effet de leur créance les fait préférer sur les biens de leur débiteur aux créanciers de son héritier, envers qui le défunt n'était point obligé. (C. civ. 877.)

Les exploits signifiés à domicile élu doivent, comme ceux signifiés à domicile réel, être adressés à chacune des parties par copie séparée, bien que l'exploit soit adressé à des co-héritiers procédant ensemble au nom de l'auteur commun, ayant élu même domicile. L'unité d'intérêt ne fait exception que quand il s'agit d'assignation donnée à un corps moral. Toutefois, l'art. 447 du code de procédure, qui, en cas de décès de la partie condamnée, permet de signifier le jugement aux héritiers collectivement et sans désignation des noms et qualités, pourvu que l'assignation soit faite au domicile réel du défunt, autorise, par cela même, une assignation faite à la veuve commune et aux héritiers collectivement, en ne laissant qu'une seule copie pour la veuve et pour les héritiers.

3. Les légataires du défunt ont le même droit de demander cette séparation ; car ils sont créanciers de la succession. Mais les créanciers du défunt leur sont préférés, parce qu'il n'a pu léguer à leur préjudice.

4. Un créancier, ou légataire de qui le droit dépendrait d'une condition qui ne serait pas encore arrivée, ou serait sursis par un terme qui ne serait pas échu, pourraient néanmoins demander la séparation pour leur sûreté.

5. Si, avant que la séparation eût été demandée, l'héritier avait aliéné de bonne foi des biens de la succession, soit meubles ou immeubles, ou même la succession entière, les créanciers du défunt ne pourront demander la séparation de ce qui aura été aliéné. (C. civ. 880.) Car l'héritier qui en cette qualité était le maître des biens, a pu en disposer. Mais cette aliénation à l'égard des immeubles ne ferait aucun préjudice aux créanciers hypothécaires du défunt, et ils pourraient exercer leur hypothèque et leur privilége s'ils en avaient contre les possesseurs, ainsi qu'ils l'auraient pu si le défunt avait fait l'aliénation. (C. civ. 2114.)

Quoiqu'il semble que cette loi ne regarde que la vente de l'hérédité, sa disposition et son motif comprennent les aliénations particulières, et les dernières paroles de cette loi le marquent assez.

Les aliénations, en quelques mains que passent les biens hypothéqués, ne font pas de préjudice à l'hypothèque, comme on l'a vu dans le titre précédent.

Il s'ensuit de cette règle, qu'à l'égard des immeubles aliénés par l'héritier, les créanciers du défunt qui n'avaient pas d'hypothèque y ont perdu leur droit, et qu'il ne leur reste que l'action personnelle contre l'héritier, et le droit de séparation des biens de la succession qui peuvent rester en ses mains. Et à l'égard des meubles aliénés par l'héritier, les créanciers du défunt, même les hpothécaires. y ont perdu leur droit. de même qu'ils l'auraient perdu, si l'aliénation avait été faite par le défunt, car ils n'avaient pas acquis un droit de propriété par la mort du défunt.

Une demande en séparation de patrimoine relative à une succession ouverte avant la publication du code civil, qui n'a été formée qu'après cette publication et le délai fixé par l'art. 880, mais qui l'a été dans le délai prescrit par les lois anciennes, est recevable.

[ARTICLE 1990.]

Quand le prix des immeubles héréditaires a été confondu avec le prix des immeubles personnels de l'héritier, vendus par un même acte et sans division avec ceux du défunt, il ne peut plus être l'objet d'une action en séparation. De même qu'elle ne peut être formée postérieurement à l'expropriation du débiteur saisi.

Pour que l'action en séparation de patrimoine puisse s'exercer sur le prix de l'immeuble vendu, il ne suffit pas que ce prix soit dû aux créanciers du vendeur lui-même. De sorte que si le prix a été payé une première fois au vendeur, l'action en séparation est éteinte, bien que les créanciers, usant de leurs droits, aient contraint l'acquéreur de payer une seconde fois.

6. Si l'héritier avait engagé ou hypothéqué des meubles ou immeubles de la succession avant que la séparation en fût demandée, les créanciers du défunt ne laisseront pas faire séparer ces biens engagés. Car la séparation a lieu tandis que la propriété demeure à l'héritier, et cet engagement ne l'en prive pas. (C. civ. 882.)

Un créancier hypothécaire d'un des héritiers d'une succession n'a pas le droit de critiquer le partage fait entre les co-héritiers, sous le prétexte qu'il n'est de la part de son débiteur que la vente de ses droits successifs. C'était à ce créancier à intervenir au partage comme l'art. 882 lui en donnait le droit. Puisque dès que le partage est consommé sans qu'il y ait eu d'empêchement, les créanciers des héritiers ne sont plus recevables à le critiquer même pour lésion de plus d'un quart. L'art. 882 ne reçoit, en ce qui concerne l'opposition, aucune modification par les dispositions de l'art. 1167.

7. Si les biens d'une succession passent de l'héritier à son héritier, et de celui-ci à ceux qui lui succéderont, et ainsi à d'autres héritiers successivement, de sorte que la première succession et les suivantes se trouvent confondues entre les mains des héritiers à qui elles passent, les créanciers de chaque succession en suivront les biens d'un héritier à l'autre, et pourront en demander la séparation. (C. civ. 877, 2114, 2134, 2166, s.)

8. Si un débiteur pour qui un autre était obligé comme sa caution vient à lui succéder, le créancier pourra demander contre les créanciers de son débiteur la séparation des biens du défunt, sans que les autres créanciers de ce fidéjus-

seur puissent l'empêcher, non plus que ceux du débiteur son héritier, car encore que l'obligation du fidéjusseur décédé soit confondu en la personne de ce débiteur qui est son héritier, le créancier ne perd pas la sûreté qu'il avait sur les biens du fidéjusseur, non plus que celle qu'il conserve toujours sur les biens de son débiteur. (C. civ. 880, 2166.)

Ce qui est dit dans cet article pour le cas où le débiteur succède à la caution aurait lieu de même à plus forte raison dans le cas où la caution succéderait au débiteur ; et le même créancier qui peut demander la séparation des biens du fidéjusseur contre les créanciers du débiteur qui lui succède, peut demander sans doute la séparation des biens du débiteur contre les créanciers du fidéjusseur héritier de ce débiteur.

9. Le créancier qui, ayant demandé la séparation, n'a pu être payé sur les biens du défunt, conserve son droit contre l'héritier. Mais les créanciers de cet héritier lui sont préférés, si leur créance précède l'engagement à l'hérédité.

10. La séparation peut être demandée contre toutes personnes privilégiées, même contre le fisc. (C. civ. 880, § 2.)

11. Si entre les cohéritiers il y en a un qui se trouve créancier du défunt, il peut demander la séparation contre les créanciers des autres, à la réserve de la portion de sa dette, qu'il doit porter lui-même. (C. civ. 873.)

Les héritiers qui possèdent les immeubles affectés à la dette du défunt, sont de véritables détenteurs, en ce sens qu'ils cessent d'être passibles de l'action solidaire, en délaissant les immeubles hypothéqués. La division des dettes d'une succession s'opère de plein droit, tant entre les héritiers bénéficiaires qu'entre les héritiers purs et simples. Lorsqu'il y a plusieurs cohéritiers, l'héritier bénéficiaire, contre lequel on demande la totalité de la dette, peut, en offrant au créancier sa part contributoire, se dispenser de rendre compte. Il n'est point à cet égard réputé simple administrateur, ni comme tel obligé de compter au créancier tout ce qu'il a recueilli, ou d'abandonner tout ce qui est échu dans son lot, ou de payer toute la dette.

La solidarité établie par les statuts normands, entre héritiers, n'a point été abolie par la loi du 20 août 1792 ; cette loi ne s'appliquant qu'aux rentes dues par les biens fonds, et nullement à une obligation solidaire et personnelle, indépendante de toute détention de fonds. Un jugement rendu contre un héritier, *personnellement*, ne peut avoir d'effet

à l'égard de ses cohéritiers ; ceux-ci ne sont pas recevables à y former opposition tierce.

Lorsque des héritiers sont poursuivis en paiement d'une dette ou d'un legs, par voie d'action personnelle, ils ne peuvent être condamnés solidairement. Car l'article 332 de la coutume de Paris, et l'art. 873 du code civil sont exclusifs de toute solidarité personnelle.

Quand un père a reçu, sans être autorisé à cet effet, une somme due à ses enfants, il devient par là même garant envers le débiteur de la validité de ce paiement. (V. C. civ. 1240, 1241.) Cette garantie passe aux enfants héritiers de leur père ; et l'exception qui en résulte est indivisible à l'égard de chacun d'eux.

---

* *Pothier, Hyp.*, *p.* 454. } Après les créanciers privilégiés acquittés, on doit colloquer avant tous les créanciers du dernier propriétaire et possesseur, quelque privilégiés qu'ils soient, tous les créanciers, chacun selon leur rang, du précédent propriétaire à qui ce dernier a succédé, soit à titre universel, soit à titre particulier, de qui il tient son droit ; car ce dernier propriétaire n'a pu succéder son auteur à l'héritage, qu'avec la charge de toutes les hypothèques dont il se trouvait déjà chargé par son auteur ; et comme il n'a pas pu transférer sur cet héritage à ses propres créanciers plus de droit qu'il n'y en avait lui-même, il n'a pu le leur hypothéquer qu'à la charge, et après toutes les hypothèques de son auteur.

D'ailleurs, les hypothèques des créanciers du dernier propriétaire, quelqu'ancienne que soit la date de leurs créances, n'ont pu naître que depuis que leur débiteur est devenu propriétaire ; et par conséquent elles sont postérieures à celles des créanciers du précédent propriétaire.

Par la même raison, s'il se trouvait encore des créanciers d'un premier propriétaire, auxquels l'auteur du dernier eût lui-même succédé, tous les créanciers de ce premier devraient être colloqués avant ceux du second, comme ceux du second le doivent être avant ceux du dernier, *et sic in infinitum.*

Lorsque le dernier propriétaire a succédé à titre d'héritier

à l'héritage, non-seulement les créanciers du défunt sont préférés à tous les siens, mais les légataires le sont aussi pour la part dont il est tenu de leurs legs ; car il ne succède à l'héritage qu'à la charge de cette hypothèque que la loi donne aux légataires ; et par conséquent il n'a pu hypothéquer cet héritage à ses propres créanciers qu'après cette hypothèque.

Lahaie, sur art. 2111 *C. N.* } (Grenier, don. t. 2, p. 548 ; *id.*, t. 1, p. 537. Toullier, t. 4, p. 535. Chabot, successions, sur l'art. 880.)

Malleville.—L'art. 880 veut que les créanciers du défunt puissent demander, pendant trois ans, la séparation de ses meubles d'avec ceux de l'héritier, et celle des immeubles, tant qu'ils existent dans la main de l'héritier. Il y a quelque difficulté à concilier le motif de cet article avec le nôtre. On peut dire, cependant, que l'hypothèque peut subsister, quoique la propriété soit enlevée, en quelque sorte, à celui au préjudice duquel elle a été grevée.

Pandectes françaises. — La loi veut ici seulement que les créanciers personnels de l'héritier soient avertis par l'inscription qu'il y a dans la succession d'autres créanciers qui pourront les primer par l'exercice d'un privilège. L'inscription doit être requise, bien qu'il n'y ait pas de créanciers de l'héritier inscrits. Il s'agit d'une préférence sur eux ; ils peuvent toujours, inscrits ou non, opposer le défaut d'accomplissement de cette condition.

Mais l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire opère, à l'égard des créances héréditaires, le même effet que la séparation du patrimoine, sans que l'inscription soit nécessaire. (Hua et Persil, Régime hypothécaire.)

Persil, Régime hypothécaire. — Notre article, en prescrivant une inscription, pour arrêter l'effet des aliénations que pourrait consentir l'héritier, ne veut pas dire pour cela que chacun des créanciers soit obligé de renouveler l'inscription

qu'il avait précédemment prise sur le défunt, ou de faire faire une inscription de sa créance personnelle, lorsqu'elle n'avait pas encore été inscrite. Mais il exige une inscription générale, faite individuellement ou collectivement par les créanciers chirographaires ou hypothécaires qui demandent la séparation des patrimoines, et dont l'effet n'est pas de conserver entre eux leurs privilèges et hypothèques, mais leurs droits à l'égard des créanciers de l'héritier.

Le délai de six mois court du jour de l'ouverture de la succession ; à moins que le testament qui donne naissance au droit du légataire n'ait été tenu caché par le fait de l'héritier et de ceux à qui il aurait hypothéqué les biens de la succession. Le délai partirait alors de l'époque où le testa. ment aurait été découvert.

Battur, Traité des privilèges et hypothèques, t. 1, n. 82. — Le but essentiel de la séparation des patrimoines est d'affecter à l'acquittement des dettes du défunt les biens de la succession, par préférence aux créanciers de l'héritier ; ce privilège est né de ce principe, que les biens de la succession ne s'entendent toujours que des dettes déduites, *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno.*— Il en résulte que tous les créanciers du défunt peuvent demander la séparation des patrimoines, et de plus, qu'elle n'est introduite que dans leur intérêt. Ce droit est indépendant de l'hypothèque, et c'est en faveur des créanciers chirographaires, plus encore que de tous autres, que cette séparation a été admise.

—Le droit de demander la séparation de patrimoines s'évanouit, dès qu'il y a *acceptation de l'héritier pour débiteur.*

—L'inscription exigée par l'art. 2111 a été introduite dans l'intérêt des créanciers hypothécaires de l'héritier, afin qu'il y eût un terme passé lequel ils pussent, avec effet, prendre inscription sur les biens de l'héritier sans distinction.

N. 129.—Ce serait une grande erreur de croire que l'inscription mentionnée dans cet article est destinée à arrêter l'effet des aliénations consenties avant la demande en séparation du patrimoine du défunt. — Toute aliénation d'im-

meubles, faite avant la demande en séparation du patrimoine du défunt, fait évanouir le droit privilégié du créancier du défunt : et ce droit est anéanti d'une manière absolue, sans pouvoir jamais revivre quant aux immeubles aliénés. (Art. 880 du Code civil.)— Si l'acquéreur ne s'est pas dessaisi du prix, la propriété de l'immeuble est encore fictivement dans les mains de l'héritier, et les créanciers du défunt peuvent former leur demande en séparation de patrimoine sur ce prix comme sur l'immeuble lui-même ; mais le prix une fois payé à l'héritier ou à ses créanciers, l'exercice du privilège est absolument impossible. — L'inscription n'a donc d'autre but que d'empêcher toute aliénation et toute impression d'hypothèque sur les biens de la succession, au préjudice des créanciers du défunt.

Grenier, hypothèques, t. 1, n. 437. — Si les créanciers ne sont pas remplis sur les biens de la succession, peuvent-ils revenir sur les biens de l'héritier ? Oui, car le bénéfice de la loi ne peut jamais être retorqué contre ceux en faveur de qui il a été introduit.

Dès lors, je n'hésite point à adopter l'opinion que M. Chabot a émise sur l'art. 878 du Code civil, et à conclure comme lui que, dans l'hypothèse où les biens de la succession sont absorbés par les créanciers et les charges de la succession, tous les créanciers doivent venir en concours sur les biens personnels de l'héritier ; ceux de la succession, pour ce qu'ils n'ont pas trouvé dans les biens séparés, et ceux de l'héritier, pour la totalité de leurs créances. Ainsi, si les créanciers de l'une et de l'autre classe sont chirographaires, une contribution devra avoir lieu entre eux, au marc le franc, des créances respectives, et s'ils sont hypothécaires, ils devront être payés suivant le rang qu'ils auront acquis ou conservé comme tels.

Duranton, t. 19, n. 223.—Aux termes de notre article, l'inscription doit être faite sur chacun des immeubles de la succession ; de sorte que les biens qui ne seraient pas nominativement compris dans l'inscription, avec indication d'es-

pèce et de situation, n'en seraient point frappés. Mais avec ces désignations, une seule inscription peut couvrir tous les biens situés dans le même bureau.

N. 225. — Dans le cas de séparation des patrimoines, les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, sont payés avant le légataire, parce que le défunt n'a pu disposer de ses biens que sous la déduction de ses dettes. Mais cette décision ne s'applique pas à des donataires entre vifs de sommes ou autres choses non encore acquittées avant la mort du donateur; car ce sont là de véritables dettes.

(Voy. n. 214 et 224.)

Merlin, R., v. privilèges, sect. 4, § 6, n. 2. — Nous pouvons donc assurer que s'il n'y a pas une antinomie proprement dite entre les art. 878, 880 et 2111, du moins celui-ci modifie ceux-là, et qu'il est plus prudent d'éluder la difficulté que d'en courir les chances, en prenant inscription sur les immeubles de la succession, dans les six mois, à compter de son ouverture, à l'effet de conserver intact le bénéfice ou privilège de la séparation du patrimoine. (Voir Merlin, v. séparation des patrimoines, § 3, n. 6.) Chabot, Commentaire sur les successions, art. 880 ; Toullier, t. 4, p. 548 ; Delvincourt, t. 2, p. 179 ; Grenier, Traité des hypothèques, n. 432 ; le même, des testaments, n. 312, même opinion.

Troplong, Commentaire des privilèges et hypothèques, n. 324.—La séparation des patrimoines forme deux masses distinctes de biens, l'une qui se compose de ce qu'a laissé le défunt, l'autre qui comprend les biens personnels de l'héritier. Par l'effet de cette séparation, tous les meubles et immeubles qui constituaient la fortune du défunt sont dévolus à ses propres créanciers.

N. 326.—Quoique l'art. 880 du Code civil dise que l'on ne peut demander la séparation des patrimoines que lorsque les immeubles sont encore dans la main de l'héritier, néanmoins on est d'accord aujourd'hui sur ce point, que les choses sont encore *entières*, lorsque le prix provenant de la

vente n'a pas encore été distribué ; car, en ce cas, le prix représente la chose.

(Voir encore sur notre article, Dalloz, privilèges et hypothèques, ch. 1, sect. 4, art. 4, n. 3 ; A. Dalloz, privilèges, n. 556 ; Grenier, hypothèques, n. 420, 426, 432, 433, 435.)

Question controversée. — L'acceptation bénéficiaire d'une succession entraîne-t-elle, de plein droit, au profit des créanciers de la succession, la séparation des patrimoines, et les dispense-t-elle, en conséquence, de prendre inscription dans les six mois fixés par notre article ? Cette séparation de patrimoines ainsi opérée continue-t elle de subsister, même après que l'héritier bénéficiaire a fait acte d'héritier pur et simple, emportant déchéance du bénéfice d'inventaire ? Pour l'affirmative : arrêt de Cassation, du 17 juin 1833, Sirey, t. 33, 1re part., p. 730 ; *id.*, de Rouen, 5 décembre 1826, Sirey, t. 27, 2e part., p. 80 ; *id.*, de Bordeaux, 24 juillet 1830, Sirey, t. 31, 2e part., p. 190 ; Grenier, hypothèques, t. 2, n. 433 ; Persil, Régime hypothécaire, t. 1, p. 223, n. 9 ; Malpel, successions, n. 240. *Contrà:* arrêt de Caen, 4 août 1829, Sirey, t. 33, 1re part., p. 731 ; *id.*, de Rouen, 9 décembre 1826, Sirey, t. 27, 2e part., p. 80 ; *id.*, de Bordeaux, 24 juillet 1830, Sirey, t. 31, 2e part., p. 190 ; Duranton, t. 7, n. 47 ; Delvincourt, t. 2, note sur la pag. 33. (Journal de la magistrature, t. 2, p. 70 à 80.)

1991. La règle concernant les créanciers d'une société et ceux des associés individuellement est exposée en l'article 1899, et dans l'*Acte concernant la Faillite*, 1864.

1991. The rule as regards the creditors of a partnership and those of the partners individually, is declared in article 1899 and in *The Insolvent Act of* 1864.

[ARTICLE 1992.]

1992. Les priviléges peuvent être sur les biens meubles, ou sur les immeubles, ou enfin sur les biens meubles et immeubles à la fois.	1992. Privileges may be upon moveable or upon immoveable property or upon both together.

---

* *C. N.* 2099. } Les privilèges peuvent être sur les meubles et sur les immeubles.

Voy. *Domat*, *Pothier* et *Pigeau*, cités sur art. 1982.

Troplong, *Priv.*, *sur art.* 2099 *C. N.*, *p.* 117-125. } 100. On a vu par les détails auxquels je me suis livré dans les numéros précédents, que les priviléges peuvent porter sur les meubles ou sur les immeubles, et que certaines créances ont même privilége sur les meubles et sur les immeubles. C'est ici une différence remarquable entre le privilége et l'hypothèque; car l'hypothèque ne peut s'asseoir que sur les immeubles exclusivement, ainsi que j'aurai occasion de le dire sous l'art. 2118.

101. Mais, si le privilége peut être sur les meubles et les immeubles, il ne faut pas croire que le droit qu'il donne sur les meubles soit aussi étendu que celui qu'il donne sur les immeubles.

Lorsqu'un privilége frappe sur les immeubles, il affecte réellement cet immeuble, et il le suit en quelques mains qu'il passe (1), parce que c'est un caractère propre aux immeubles, qu'ils restent toujours grevés des charges qui leur sont imposées, soit expressément, soit tacitement; sans quoi

(1) L. 15, *debitorem, C. de pignoribus.*
Add. Op. conf. de Duranton, n. 31.

les aliénations nuiraient au créancier, dont cet immeuble est la garantie.

Mais lorsque le privilége porte sur un meuble, bien qu'il affecte ce meuble, néanmoins il ne donne pas droit de suite contre lui ; car cette affectation ne peut avoir d'étendue que celle qui est incompatible (1) avec la nature d'un effet mobilier. Or, un meuble n'a pas une *subsistence permanente et stable*, comme le dit Loyseau (2), pour qu'on y puisse asseoir un droit fixe de poursuite. La seule manière d'y conserver ses droits (autres que ceux de propriétaire), c'est de l'occuper.

Aussi est-ce une vieille maxime du droit français, *que les meubles n'ont pas de suite*, c'est-à-dire qu'on ne peut les poursuivre entre les mains d'un créancier postérieur ou d'un tiers acquéreur.

Il suit de là que le privilége ne peut être exercé sur *un meuble* qu'autant que le débiteur l'occupe par la possession (3). S'il l'aliène, le privilége est considéré comme n'existant plus (4).

102. J'ai eu l'occasion de rappeler cette vérité en commentant l'art. 2096 (5) ; mais il ne faut pas la séparer de cette autre règle que j'ai aussi mentionnée (6), savoir : que la possession d'un meuble peut être conservée par le moyen d'un mandataire à qui on le confie, et que ce n'est pas seulement dans le cas d'une possession matérielle que le privilége

(1) Add. C'est sans doute *compatible* qu'il faut lire.

(2) *Offices*, liv. III, ch. V, n. 23.

(3) Exception, *infrà*, n. 161 et suiv.

(4) Arrêt de Nîmes, du 9 juillet 1832 (Dalloz, XXXIV, 2, 49).

Add. Op. conf. de Tarrible, n. 27.

Cotelle dit, n. 15 : " Cependant on admit encore pour quelques causes le droit de suite sur les meubles contre les tiers ; ces causes sont la revendication dans un temps court, soit par le locateur de ceux garnissant, enlevés frauduleusement, soit par un vendeur qui avait vendu pour être promptement payé et sans terme."

(5) *Suprà* n. 4.

(6) *Suprà*, n. 44. 49.

existe, mais encore dans le cas où le débiteur conserve la possession vulgairement appelée civile (1).

103. Les principes du code sur la distinction des biens servent à éclaircir les difficultés qui peuvent se présenter, pour savoir si telle ou telle chose peut être qualifiée *meuble* ou *immeuble*, et par conséquent si elle est susceptible d'être affectée à un privilége sur les meubles, ou bien à un privilége sur les immeubles. Nous y renvoyons.

104. Les priviléges généraux sur les meubles comprennent, ainsi que je l'ai dit, tout ce qui est meuble naturellement, ou par la détermination de la loi. Toutes rentes quelconques, *foncières* ou *constituées à prix d'argent*, étant déclarées meubles par l'art. 529 du code civil ne peuvent être grevées que du privilége sur les meubles ; mais ce privilége ne porte pas sur les meubles considérés comme *immeubles* par destination de la loi.

Il suit de là qu'un privilége général sur les meubles ne peut être exercé sur les choses dont l'énumération suit, lorsque ces choses ont été placées par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds ; savoir (2) :

Les animaux attachés à la culture,

Les ustensiles aratoires,

Les semences données aux fermiers et aux colons partiaires,

Les pigeons des colombiers,

Les lapins des garennes,

Les ruches à miel.

Les poissons des étangs,

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes,

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines,

(1) Voy. mon *Comm. de la Prescription*, n. 239, sur cette dénomination.

(2) A l'égard de l'exercice des priviléges spéciaux sur les meubles rendus immeubles par destination, voy. n. 113.

Add. Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2099, n. 2.

Les pailles et engrais.

Car tous ces objets sont réputés immeubles par destination.

Il en est de même de tous les effets mobiliers, que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure (art. 624 du code civil).

Ainsi le privilége des frais de justice, des frais funéraires, des gages des serviteurs et autres mentionnés dans l'art. 2101, ne pourront pas s'étendre à tous ces objets.

105. Mais remarquez que rien n'empêche que le locateur n'exerce son privilége (1) spécial sur les *ustensiles aratoires* et autres objets divers qui garnissent sa ferme et appartiennent au bailliste. On ne peut pas dire dans ce cas que les ustensiles aratoires sont *immeubles par destination;* car ils ont été apportés par *le fermier* et non par *le propriétaire du fonds,* ainsi que le veut l'art. 524 du code civil.

Il en est de même dans le cas d'un vendeur d'ustensiles aratoires non payés qui réclame contre le fermier, d'après l'art. 2102, n° 1, du code civil (2).

106. On demande si les priviléges généraux sur les meubles frappent sur l'argent comptant, les pierreries, les livres, les médailles, chevaux, équipages, linge de corps, vins, denrées, etc.

La raison de douter vient de ce que l'art. 533 du code civil porte que, lorsque le mot *meuble* est employé seul dans *les dispositions de la loi,* ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, il ne comprend pas les objets que je viens de passer en revue.

Mais la raison de décider est que le privilége étant général comprend *tous les meubles* quelconques (3); et que le mot

(1) Art. 2102, n. 1, du code civil, et 593 du code de procédure civile.

(2) Art. 593 du code de procédure civile.

Add. Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2099, n. 3; de Battur, n. 5.

(3) Pigeau, t. II, p. 183.

meuble ne se présente pas isolément, et qu'il s'y trouve l'addition nécessaire pour que l'art. 533 ne soit pas applicable (1).

106 2° On a été plus loin, et l'on a soutenu que, bien que la loi donnât au vendeur d'effets mobiliers non payés un privilége spécial sur les *meubles*, on ne devait pas l'étendre au vendeur d'un droit *incorporel*, d'une créance par exemple, ou d'un fonds de commerce, parce que le privilége ne peut porter que sur quelque chose de *corporel* (2).

(1) Add. Op. conf. de Duranton, n. 135, où il dit : " Dans la loi sur les priviléges et les hypothèques, tous ces objets sont compris dans l'expression *meubles*. C'est qu'en effet cette expression n'est pas employée ici sans autre addition ni désignation ; loin de là, elle est employée constamment par opposition aux immeubles. Elle comprend donc tout ce qui n'est pas immeuble, soit par nature, soit par destination du propriétaire, ou par incorporation, soit par l'objet auquel s'appliquerait la chose ; et l'on a vu au même endroit que les propriétaires d'actions sur la banque de France, et d'actions sur les canaux d'Orléans et du Loing, peuvent les immobiliser, et, par suite, les soumettre à l'hypothèque. Ainsi immobilisées, ces actions ne feraient plus partie des meubles ou du mobilier.

" Ainsi, *meubles* et *biens meubles* sont généralement synonymes dans la loi sur les *priviléges et hypothèques*.

" L'article 2105 confirmerait au besoin cette interprétation, si elle pouvait souffrir le plus léger doute, car il dit que, lorsque à défaut de *mobilier* les privilégiés énoncés en l'art. 2101 se présentent pour être payés en concours avec des créanciers ayant priviléges sur des immeubles, on commence par payer les créanciers de l'art. 2101, et ensuite ceux qui ont privilége particulier sur l'immeuble. Or, comme le mot *mobilier*, d'après l'art. 535, comprend tout ce qui n'est pas immeubles, il est clair que les créanciers mentionnés en l'art. 2101, à qui le code accorde le privilége sur la généralité des *meubles*, l'ont par cela même sur la généralité des biens mobiliers, et par conséquent sur tous les objets mentionnés en l'art. 533."

Op. conf. de Dalloz, chap. Ier, sect. Ire, art. 1er, n. 20 ; *ubi* Persil et Delvincourt.

Le mot *meuble* n'a plus la même portée quand il s'agit d'un privilége spécial. Voy. ci-après, à l'occasion de l'art. 2102.

(2) Add. Persil, *Rég. hyp.*, art. 2099, n. 11, ne fait pas de doute qu'une créance ne puisse être l'objet d'un privilége.

Nous traiterons cette question en parlant du privilége du vendeur ; elle se rattache à l'interprétation des mots *effets mobiliers*, qui se lisent dans l'art. 2102.

107. Les priviléges sur les immeubles frappent sur les meubles que la loi a rendus *immeubles* par destination ; ainsi le vendeur d'un immeuble a privilége sur les animaux qui sont attachés au domaine pour l'exploitation du fonds.

108. Mais peut-on dire que le privilége sur les immeubles peut s'asseoir sur l'usufruit, sur les servitudes ou services fonciers, sur les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, toutes choses que l'article 526 met dans la classe des immeubles, par l'objet auquel elles s'appliquent ?

§. A l'égard de l'usufruit, je n'hésite pas à croire qu'il peut être grevé d'un privilége. Ainsi, celui qui a vendu un droit d'usufruit, pourra recourir par privilége sur cet usufruit pour se faire rembourser du prix non payé ; car l'usufruit est un droit qui subsiste par lui-même, et l'art. 2204 du code civil déclare qu'il peut être poursuivi par la voie de l'expropriation forcée (1).

§. Pour les servitudes, il est difficile de concevoir comment elles pourraient faire l'objet d'un privilége. En effet, le privilége ne peut être efficace qu'autant que par le droit de suite il saisit la chose grevée, et se fait colloquer par préférence sur le prix. Mais quel serait le but de la saisie d'une servitude ? quelle est la valeur de cette servitude séparée du fonds ? Peut-on imaginer raisonnablement qu'une servitude puisse être détachée de l'immeuble dont elle fait l'utilité, et mise à prix par voie d'expropriation, sans ce même immeuble ? Il suit donc de là qu'une servitude ne peut être soumise à l'expropriation forcée ; et c'est ce qui résulte de l'art. 2204 du code civil, qui, en énumérant les choses dont on

(1) Je reviens sur cette question avec quelques développements nouveaux, *infrà*, n. 400.

Add. Op. conf. de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2099, n. 6 : "Il n'y a pas de doute, dit-il, que le privilége ne puisse affecter l'usufruit."

peut poursuivre l'expropriation, garde le silence sur les servitudes (1).

§. S'il s'agissait d'un droit d'usage, de pâturage et autres semblables, je pense qu'ils ne seraient pas susceptibles de priviléges ; car, quoiqu'ils aient une valeur réelle, indépendante du fonds sur lequel ils s'exercent, comme ils ne peuvent être aliénés, ils résistent à la possibilité d'une saisie immobilière (2).

§. Voyons ce qui regarde les actions tendant à la revendication d'un immeuble. De ce nombre sont l'action en rescision pour lésion, l'action en réméré, l'action en nullité d'une vente.

Ces choses ne sont pas susceptibles d'hypothèque, ainsi que je le montrerai sous l'art. 2118. On doit donc décider aussi qu'elles ne sont pas susceptibles de privilége ; car le privilége n'est en d'autres termes qu'une hypothèque privilégiée.

On verra par l'art. 2113 que toute créance dont on a laissé perdre le privilége se résout en une hypothèque. Comment cette conversion pourrait-elle s'opérer si l'objet grevé ne pouvait recevoir d'hypothèque ?

Ainsi Pierre, qui s'est réservé un droit de réméré, le vend à Jacques. Celui-ci tombe en faillite avant d'avoir payé le prix de la vente. Pierre n'aura sur l'action aucun recours pour son prix ; je dirai même que ce recours n'est nullement nécessaire, par la raison que Pierre pourra exercer sur l'immeuble le droit de réméré (3).

(1) Grenier, t. I, n. 151, p. 316; Persil, *Quest.*, t. I, p. 4. Je traite la question plus à fond, *infrà*, n. 401 et 402.

Add. *Junge* Persil, *Rég. hyp.*, art. 2099, n. 7.

(2) *Infrà*, n. 403.

(3) Voy. l'art. 2118. On y trouvera de nouveaux détails applicables aux priviléges.

Add. Op. conf. de Grenier, n. 152, 153. Voyez ci-après, art. 2118.

Telle n'est pas l'opinion de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2099, n. 8, 9, 10 : « Quant aux actions qui tendent à revendiquer un immeuble, dit-il, il

[ARTICLE 1992.]

109. Les immeubles, et particulièrement les meubles, sont sujets à des transformations qui peuvent avoir une grande

faut leur appliquer des principes que nous avons développés à l'occasion de l'hypothèque dont on voudrait les grever.

" Ces actions ne peuvent pas elles-mêmes devenir l'objet d'un privilége, puisqu'elles n'ont aucune assiette réelle, et qu'on ne saurait sur quoi les asseoir, ni comment les conserver et les rendre publiques; mais leur résultat, mais les objets auxquels elles s'appliquent, sont susceptibles d'une affectation de cette espèce, et rien n'empêche qu'on les y assujettisse.

" Un exemple développera ma pensée.

" B. avait vendu son immeuble à C., avec faculté de rachat; bientôt après, il avait cédé ou vendu son action en réméré à D., pour la somme de 1,000 francs. Celui-ci avait fait faillite avant de payer ces 1,000 francs.

" B. n'aura pas de privilége sur l'action elle-même, mais sur l'immeuble recouvré par suite de l'exercice de cette action. Dans ce cas, personne ne pourra lui disputer son privilége, parce qu'il sera regardé comme vendeur du fonds à l'égard de D., au nom duquel on a exercé la faculté de rachat; en sorte qu'il est vrai de dire que l'existence du privilége dépendra de l'exercice de l'action et de ses résultats.

" Mais, dans cette hypothèse, comment B. conservera-t-il son privilége? Je crois que ce sera par la transcription de l'acte par lequel il a vendu ou cédé son action. Rien n'empêche, en effet, qu'il ne requière la transcription dans le bureau de la situation de l'immeuble, et que le conservateur ne prenne sur cet immeuble une inscription d'office, qui sera aussi subordonnée à l'exercice et au résultat de l'action.

" Tout ce que nous venons de dire s'applique également aux autres actions réelles, et particulièrement à l'action en rescision pour cause de lésion; en sorte que, si quelqu'un a cédé cette action et qu'il n'ait pas été payé, il aura un privilége sur l'immeuble recouvré par suite de cette action en rescision.

" Mais si la rescision n'a pas été prononcée, comme si l'acquéreur a préféré conserver l'immeuble et payer le supplément du juste prix, le vendeur originaire semblerait n'avoir droit à aucun privilége, parce que son droit se serait évanoui par le mauvais résultat de l'action.

" Cependant je crois qu'en faisant opposition au payement à faire par l'acquéreur, il pourrait conserver une préférence sur les autres créanciers de son cessionnaire." Op. conf. de Battur, n. 5.

Quant à la nature de ces actions, voy. le *Commentaire des commentaires, Traité du domaine privé*, par Proudhon, n. 180, 195, 196.

influence sur l'assiette du privilége. Voyons ce qui concerne les meubles.

En jetant les yeux sur le droit romain, on remarque à ce sujet des principes qui, au premier coup d'œil, paraissent contradictoires.

La loi 16, § 2, D. *de pignoribus et hypoth.*, porte : " Si res hypothecæ data, posteà mutata fuerit, æquè hypothecaria actio competit."

D'un autre côté, la loi 18, § 3, D. *de pignorat. act.*, décide que le vaisseau n'est pas soumis à l'hypothèque existant sur le bois qui a servi à le construire (1).

Mais, avec un peu d'attention, il n'est pas difficile de concilier ces deux lois.

La première parle d'une mutation de la chose qui n'empêche pas cette chose de subsister *dans son espèce.* Elle donne en effet pour exemple le cas où un site a été donné à hypothèque, et où l'on y a bâti une maison. La maison n'est qu'un accessoire de l'emplacement, conformément aux principes sur le droit d'accession. L'emplacement est donc resté ce qu'il était auparavant quant à son espèce. Il n'y a pas eu de véritable transformation.

Au contraire, les arbres qui ont servi de matériaux pour la construction du navire ont éprouvé une mutation qui a produit une nouvelle espèce et qui a atteint l'ancienne.

C'est pourquoi Cujas, afin de concilier ces deux lois, dit qu'il faut distinguer les *genres de mutations.* La mutation qui engendre une nouvelle espèce et éteint celle sur laquelle le gage est assis, fait cesser l'hypothèque : " Mutatio quæ " parit novam speciem, et priorem perimit, quæ pignori " nexa erat, procul dubio pignus perimit." Cela a lieu lorsque d'un pin on fait un vaisseau ou un coffre. " Et hæc mu- " tatio fit cum ex materiâ, ex cupresso vel pinu, fit navis vel " arca. L. *sed si ex meis*, D. *de acq. rer. dom.*" C'est aussi ce qui arrive lorsque de la laine on fait un vêtement, ou si d'un marbre on fait une statue. Cette mutation détruit la

(1) Pothier, *Pand.*, t. I, p. 582, n. 12 et 13.

première espèce et en fait une nouvelle. " Idem si ex lanâ " pignoratâ fiat vestimentum, idem si ex marmore pignorato " fiat statua. Hæc mutatio perimit priorem speciem, et parit " novam."

Mais si le changement ne fait qu'augmenter la chose, comme si on plante une vigne sur un sol précédemment en friche, si on bâtit une maison sur un emplacement vide, ce changement ne porte aucune atteinte au gage, parce que, ni la chose mise en gage ni sa portion la plus importante ne périssent. Il en est de même du changement qui ne fait que diminuer la chose. " Mutatio vero (continue Cujas) *quæ rem* " *auget*, ut si loco puro imponatur ædificium, aut vinea ; vel " *mutatio quæ minuit*, ut si ex domo fiat hortus, vel si domus " ad aream redigatur : hæc, inquam, mutatio pignus non " perimit, quia nec res quæ pignorata est, ejusve rei portio " maxima perimitur (1)." Ces distinctions d'un grand maître sont fécondes en conséquences : on peut les prendre hardiment pour guide.

Cujas complète ces règles par une observation que je dois faire connaître. C'est que le premier changement dont il a parlé, et qui a pour effet de substituer une espèce à une autre espèce, n'est réellement considérable et n'éteint le droit de gage qu'autant que ce changement est définitif et que la matière ne peut revenir à son espèce primitive. Mais il en est autrement si la matière peut reprendre son premier état. Ainsi celui qui a un privilége sur un lingot d'argent qu'il a vendu, a aussi privilége sur les couverts d'argent qui en ont été faits ; car ces couverts peuvent être facilement ramenés à la même nature de lingot, et la matière triomphe de la forme. Voici les termes énergiques de la loi 78, § 4, D. *de leg.* 3 (2) : " Cujus ea ratio traditur : quippè, ea quæ talis " naturæ sunt, ut sæpiùs in sua possint redigi initia, ea ma- " teriæ potentiâ victa, nunquam vires ejus effugiunt."

La matière prévaut donc dans ces sortes de choses, et la

(1) Cujas, lib. XXIX, *Pauli ad edict.*, l. 18, § *penult.* ; *de pignorat. act.*

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 416, n. 1.

forme ne peut l'emporter sur elle. " In his scilicet rebus (dit " Cujas) prævalet materia."

Ce sont ces principes qui ont fait dire à Neguzantius : " Quando res obligata transit in aliam formam reducibilem " ad primam materiam, non extinguitur hypotheca : secùs " si non sit reducibilis (1)."

§. Mettons le dernier trait à cette profonde et lumineuse doctrine, en transcrivant les expressions qui terminent le commentaire de Cujas sur la loi 18, § penult., *de pignor. act.* (2).

" Hactenùs tetigi duas tantùm mutationis species, unam " *quæ fit ex non subjecto in subjectum, ut si ex arbore fiat na-* " *vis : fit enim ex non nave navis ;* alteram quæ fit *ex subjecto* " *in subjectum*, ut si ex areâ fiat vinea.

" Et est tertia mutationis species quæ fit *ex subjecto in non* " *subjectum*, ut si navis dissolvatur tota, quæ omnium sum- " ma mutatio est, mors nempè, intertiusve subjecti, ut cùm " ex homine fit pulvis, aut cinis ex ligno... Id genus pignus " et legatum extinguit."

110. Il résulte de ces distinctions et de ces développements, que le point important est de distinguer si la chose a cessé d'être ce qu'elle était pour se transformer en une espèce différente, ou seulement si cette chose n'a reçu que des améliorations ou des diminutions qui n'ont pas empêché qu'elle ne conservât son espèce primitive (3).

111. Mais cela n'est pas toujours facile à discerner, et je vais citer des arrêts qui prouvent que rien n'est plus fréquent que de rencontrer des contrariétés d'opinions sur une matière qui prête beaucoup aux subtilités.

§. Ainsi Basnage prétend (4) qu'il a été souvent décidé que

(1) Neguzantius, *de pignorib. et hyp.*, 1, memb., 2e partie, n. 26.

(2) *Loc. cit.*, lib. XXIX, *Pauli ad edict.*

(3) Il y a un cas où le changement d'espèce et de nature ne nuit pas au privilége ; c'est celui où il s'agit de vente de *semences*. Le privilége s'étend aux récoltes produites. *Infrà*, n. 166.

(4) *Hyp.*, ch. XIV.

celui qui a vendu des laines conserve un privilége sur les draps qui en ont été faits.

Mais je ne puis concevoir comment ces arrêts ont reçu l'approbation de ce jurisconsulte, qui, bien loin d'ignorer les savantes distinctions de Cujas, s'en autorise assez longuement. Il aurait dû se rappeler, en effet, que Cujas dit positivement que le privilége sur la laine ne passe pas sur le drap qui en est confectionné : " Idem, si ex lanâ pignoratâ fiat " vestimentum. Hæc mutatio perimit priorem speciem, et " parit novam." Ce qui est conforme au § 25, inst. *de rer. divisione* (1).

§. Basnage veut aussi, d'après un arrêt du parlement de Rouen du 31 janvier 1663, que le vendeur des cassonades conserve un privilége sur les sucres. Mais je ne crois pas que cette opinion soit juste. Il y a transformation véritable d'une espèce dans une autre, plutôt qu'amélioration des cassonades.

Brodeau sur Louet, l. P., nº 19, enseigne avec raison que le froment, transformé en farine, se convertit en une chose d'une espèce toute différente. Il y a même raison de décider pour les cassonades converties en sucre ; d'autant que cette matière première, une fois livrée à la fabrication, ne peut reprendre son ancienne nature.

§. Par les mêmes raisons, je pense avec Grenier (2) que, s'il avait été fait des fauteuils avec des étoffes vendues, le privilége du vendeur ne s'étendrait pas sur ces meubles. Il y a, en effet, substitution définitive d'une espèce à une autre. Les étoffes ne sont qu'un accessoire des effets mobiliers qu'elles ont servi à confectionner. Elles ont été incorporées aux fauteuils pour les orner, mais elles n'en forment pas l'utilité *principale*. Le privilége ne pourrait donc pas avoir lieu sur les *fauteuils* eux-mêmes (3).

(1) Add. Op. conf. de Duranton, n. 332, où il cite en ce sens Pothier.

(2) T. II, p. 40, n. 316.

(3) L. 19, §§ 13 et 14, D. *de auro arg. leg.*, prévoit le cas où la pourpre d'une personne aurait été brodée sur l'habit d'une autre. Elle décide que cette pourpre n'est qu'un *accessoire*, qu'une *portion* de l'habit.

Il serait même perdu sur les étoffes ainsi employées. Car ces étoffes, découpées en fragments, ne pourraient reprendre leur ancienne forme. Ce ne serait jamais que des coupons dont la principale valeur se tirerait de la nouvelle *forme* qu'ils auraient prise ; et on ne pourrait pas dire avec la loi romaine (1) précitée, *nunquam vires, materiæ effugiunt*. Faisant partie des fauteuils, les étoffes auraient cessé d'exister comme étoffes ; il n'y aurait plus que des fauteuils (2), lesquels sont affranchis du privilége.

Basnage cite cependant (3) un arrêt du parlement de Rouen, du 19 novembre 1669, qui décide que le privilége peut être exercé sur les *fauteuils*. Mais cet arrêt ne vaut pas mieux que les précédents ; et ce parlement me paraît avoir eu, sur le sujet qui m'occupe, une jurisprudence directement contraire aux principes.

112. Grenier (4) pense que le serrurier qui, avec son fer et ses avances, aurait fait des rampes, balcons et serrures, et les aurait établis dans une maison, ne pourrait avoir de privilége sur ces choses, parce que, par l'effet de l'adhésion, ces objets auraient été incorporés à l'immeuble et auraient changé de *nature*.

Mais cette opinion, que Grenier énonce du reste sous la forme du doute, me paraît fausse dans ses résultats. Car, si l'on veut absolument considérer ces choses comme *immeubles*, et prétendre qu'elles ne peuvent donner lieu à un privilége sur les *meubles*, je dirai qu'au moins l'ouvrier a fait à la maison un ouvrage qui, d'après l'art. 2103 du code civil, nº 4, lui donnera sur l'immeuble un privilége jusqu'à concurrence de la plus-value de cet immeuble.

113. La question n'est pas plus embarrassante à l'égard de

(1) L. 78, § 4, *de leg.* 3°.

(2) L. 19, §§ 13 et 14, *de auro arg. leg.* ; Ducaurroy, *Inst. expliq.*, t. I, p. 279, n. 368.

(3) *Hyp.*, ch. XIV.

(4) *Loc. cit.*

ceux qui ont un privilége spécial sur un *meuble* qui, par la suite, devient immeuble par destination.

Par exemple, Pierre a vendu à Jacques des animaux de labour ou des ustensiles aratoires. Celui-ci les attache à un fonds dont il est propriétaire. Pourra-t-on dire que, ces animaux et ces ustensiles étant devenus *immeubles* de *meubles* qu'ils étaient auparavant, le vendeur ne pourra pas exercer privilége sur eux, à raison du changement de *nature* qui s'est opéré ?

Un ouvrier vend à Titius une cuve que celui-ci place dans sa métairie pour l'exploitation de son fonds. Cette cuve devient immeuble d'après l'article 524 du code civil. Ce changement de nature fera-t-il perdre à l'ouvrier son privilége ?

Dans ces deux cas, comme dans tous les cas semblables, il faut se décider en faveur du privilége (1).

(1) Art. 593 du code de procédure civile.

Add. Duranton, n. 124, dit sur la question : " Il n'exige même pas non plus qu'ils se trouvent dans le même état dans lequel la livraison a été faite. Cette condition, qui a paru nécessaire pour l'exercice de la revendication, n'a pas absolument les mêmes motifs pour le simple privilége. Si, par exemple, du drap a été vendu à un tailleur, qui en a fait des habits qui sont encore en sa possession, le vendeur de ce drap a son privilége sur les habits, mais il n'a pas le droit de les revendiquer et d'en empêcher la revente. Nous en disons autant de grain vendu, qui a été converti en farine ; en un mot, nous ne regardons le privilége comme éteint que dans le cas où les changements qu'a subis la chose dans la main de l'acheteur seraient de telle nature qu'on dût dire, en droit, qu'elle ne subsiste plus : comme dans le cas où de la laine ou des cotons auraient été convertis en drap ou en étoffe. Dans ce cas, la main-d'œuvre étant supérieure à la matière, celle-là, dans les principes du code, est considérée comme la chose principale, et en conséquence c'est l'ouvrier qui doit avoir l'objet, à la charge de payer le prix de la matière. Mais on ne peut pas en dire autant du blé simplement converti en farine : la main-d'œuvre est peu de chose en comparaison de la valeur du grain. Le drap est aussi, généralement du moins, supérieur à la main-d'œuvre du tailleur qui en a fait des habits.

" Ainsi, pour la revendication, il faut que les choses soient dans le même état que lors de la livraison, ce qu'on ne peut pas dire de drap

dont on a fait des habits, ou de grains dont on a fait de la farine. Mais, pour le privilége, le code n'exige pas que la chose vendue soit encore dans le même état ; il suffit par conséquent qu'elle subsiste encore ; or, elle subsiste encore quoiqu'elle ait changé de nom et de forme, dans tous les cas où le maître de la matière l'emporterait, d'après le code, sur l'ouvrier qui lui a fait subir des changements, parce que la main-d'œuvre ne devrait point être considérée comme la chose principale.

" Voet, *ad Pandectas*, tit. *de pignor. et hypoth.*, n. 4, enseigne même que le droit de gage, et par conséquent de préférence, n'est point éteint par cela seul que le débiteur, ou un autre en son nom, a fait subir à la chose engagée des changements plus ou moins importants, en a même fait une nouvelle espèce, quand bien même elle ne pourrait revenir à sa première forme, et à plus forte raison si elle peut y revenir, comme de l'argent dont on a fait un vase, qu'il en serait même ainsi quoique ce fut un tiers qui eût fait la nouvelle espèce, et pour lui, si, dans ce cas, elle pouvait revenir à sa première forme. Il tire argument de ce qui est décidé sur ces cas de spécification, par les lois 24 et 25, ff. *de acquir. rer. dom.*, et au ⸹ 25, Instit. *de rerum divis.* Il se fonde aussi sur la loi *sed si meis*, 26, ff. *de acq. rer. dom.*, et sur la loi 16, ⸹ 2, ff. *de pignor. et hypoth.*, portant que si, de l'emplacement d'une maison hypothéquée on a fait un jardin, ou d'un jardin une maison, l'hypothèque continue de subsister, nonobstant le changement de forme. Or, la raison est absolument la même quant au privilége du vendeur, dans notre droit.

" Quant à l'objection tirée de la loi 18. ⸹ 3, ff. *de pignor. act.*, suivant laquelle l'hypothèque établie sur une forêt ne s'étend pas sur le navire qui a été construit avec le bois provenant de cette forêt, à moins qu'il n'eût été dit, dans la constitution de l'hypothèque, qu'elle s'étendrait aux objets qui seraient confectionnés avec le bois de ladite forêt. Voet répond à cette objection en disant que, très-probablement, le jurisconsulte Paul, auteur de ce texte, décide ainsi dans la supposition que c'est un tiers qui a fait le navire, et en son nom, auquel cas les principes sur la spécification l'en rendant propriétaire, il en résulte naturellement que l'hypothèque qui couvrait les arbres employés à la construction du navire est éteinte.

" Les règles touchant l'extinction du legs par suite des changements de forme dans la chose léguée, et opérée durant la vie du testateur, ne sont en effet généralement point à suivre pour faire décider que le droit de gage ou d'hypothèque est éteint par les mêmes causes, attendu qu'en matière de legs l'intention du testateur, durant la vie duquel ces changements ont eu lieu, est pour beaucoup dans la révocation ou caducité du legs ; tandis que la volonté du débiteur, en faisant de tels change-

ments, ne doit pas avoir pour effet de détruire le droit de gage ou d'hypothèque de son créancier.

" Et les règles sur l'usufruit, d'après lesquelles l'usufruit est éteint quand la chose a subi un changement de forme, ne sont pas davantage applicables en matière de gage, attendu, dit Voet, que le droit d'usufruit, comme servitude, n'est pas favorable, et que ce qui peut en amener l'extinction a paru, au contraire, digne de faveur, mais il n'en est pas de même du droit de gage : il n'a pas paru juste qu'un débiteur pût, à sa volonté, détruire le droit qu'il a conféré à son créancier, et sans lequel celui-ci n'aurait pas contracté.

" Cette condition, que la chose soit encore dans le même état que lors de la livraison, et qu'on a cru devoir exiger quant à la revendication, le code, encore une fois, n'en parle pas quant au privilége : il a voulu plus pour l'une que pour l'autre, et la preuve en est bien évidente, puisqu'il n'a pas fixé de délai pour l'exercice du privilége, tandis qu'il en a fixé un, et un très court, pour l'exercice de la revendication. Et quant à la revendication elle-même, on ne regarderait pas, en matière civile, la chose comme n'étant plus dans le même état parce qu'elle ne serait plus sous balle, corde ou enveloppe, ou que les balles ou enveloppes auraient été ouvertes : ces conditions, qu'on a exigées en matière de commerce, dans le cas de faillite, seraient d'une rigueur excessive dans les matières civiles, où la fraude est bien moins à craindre."

Grenier, t. II, n. 316, après avoir rappelé l'état incertain de la législation romaine et les distinctions de Basnage, ch. XIV, conclut en ces termes : " On peut dire que toutes les fois qu'il y a eu changement de nom, de forme et de nature, le privilége est éteint, parcequ'alors la chose ne se trouve pas dans son essence.

" Ainsi un marchand de blé ne pourrait suivre son privilége sur les farines qu'il prétendrait en être provenus. Le marchand de cuirs le perd aussi, lorsqu'ils sont dans les pelins pour être apprêtés. Il ne peut plus être réclamé pour des laines et des chanvres vendus, lorsqu'ils ont été convertis en étoffes ou en toiles; ni pour des cassonades, sur les sucres qui en sont provenus. Il en est de même dans tous les cas semblables.

" Le privilége est encore éteint, si d'étoffes vendues il en a été fait des lits ou des fauteuils; si un meuble ou bijou en or ou en argent a été fondu pour en faire d'autres de différentes formes ou de différents usages, quoique la matière paraisse rester. Il n'y a point non plus de privilége pour des fers vendus, s'il en a été fait des rampes d'escaliers, des balcons ou des serrures. On peut même douter que le serrurier lui-même dût avoir un privilége pour le prix de ces rampes, balcons ou serrures qu'il aurait établis dans une maison, et dont il aurait fourni les fers ainsi que

le travail. Ces objets sont alors incorporés, par l'effet de l'adhésion, avec l'immeuble même. Dès lors, il y a changement de *nature*, comme dans les autres cas dont je viens de parler, il y a changement de nom et de forme ; et, dans certains de ces cas, on peut encore dire qu'il y a changement de *nature* (*a*).

« On voit, dans l'art. 580 du code de commerce, combien sont sévères les conditions sous lesquelles l'action en revendication est admise. On peut croire que cette sévérité ne doit pas être observée pour l'exercice des privilèges dont il s'agit dans l'art. 2102 du code civil. Cet article 580 a été fait pour le cas de la faillite ou banqueroute, et dans ces circonstances la fraude se présume facilement. Mais pour les privilèges, même énoncés dans l'art. 2102, l'identité des objets vendus doit être prouvée, et elle cesse de pouvoir l'être lorsqu'il y a eu des changements de forme. Sans cette sévérité, on risquerait de favoriser la fraude.

« D'ailleurs, l'opinion que je viens d'émettre peut encore être fondée sur les termes de l'art. 2102, n. 4. Quant au privilége, il est dit, en parlant du prix des effets mobiliers non payés. *s'ils sont encore en la possession du débiteur*. Ces expressions supposent l'identité d'état de la même manière qu'elle est exigée pour le cas de la revendication, dans la partie suivante du même article.

(*a*) Sur une matière qui prête autant aux subtilités, on doit s'attendre à des diversités d'opinions, avec d'autant plus de raison que les décisions sont souvent influencées par des circonstances dans lesquelles on puise des motifs d'équité qui balancent la rigueur des principes. Je n'ai point trouvé d'autorités sur lesquelles je puisse établir, d'une manière positive, ce que j'ai dit relativement au serrurier qui aurait fourni les matières et le travail qui lui seraient dus : j'ai cru qu'on pouvait se déterminer par le principe résultant du *changement de nature*.

Je dois cependant faire remarquer un arrêt du parlement de Paris, du 19 février 1603, rendu dans une espèce singulière : il est rapporté par Mornac, sur la loi 1re, ff. *de rer. div. et qual.*, et sur la loi 5, *eod. de trib. act.* Dans l'espèce de cet arrêt, un fondeur avait fondu des cloches pour une paroisse ; le métal et le travail de la fonte lui étaient dus ; les cloches avaient été bénites et suspendues au clocher. Les paroissiens, qui étaient de très mauvaise foi, firent éprouver des retards pour leur libération ; ils se refusèrent à ce que le fondeur retirât les cloches du clocher, à défaut de payement. Ils se fondaient sur ce que les cloches étaient devenues des choses saintes, sur lesquelles l'ouvrier n'avait aucun pouvoir. L'arrêt ordonna que, dans un délai déterminé, le fondeur serait payé de ce qui lui était dû : sinon il fut autorisé à faire retirer les cloches du clocher.

Mais l'espèce ne paraît pas être la même. On ne peut pas dire que les cloches soient incorporées avec le clocher, et encore moins avec l'église. L'action était intentée directement contre les propriétaires ou ceux qui étaient réputés tels ; il ne s'agissait point de la réclamation d'un privilége à l'égard des créanciers d'un particulier ; et ces circonstances paraissent apporter un grand changement.

[ARTICLE 1992.]

" Cependant s'il avait été vendu des grains qui existassent dans les mêmes greniers, ou des vins qui seraient dans les mêmes pièces, et qu' en eût été vendu une partie seulement par le débiteur, il est sensible que le privilége pourrait être exercé sur le restant. L'identité d'état qui existe alors doit produire sur la partie le même effet qu'elle produirait sur le tout, si ce tout restait." Op. conf. de Dalloz n. 9

Jurisprudence française.—Le vendeur d'effets mobiliers destinés, par leur nature, à être immobilisés, tels que pompe à feu et mouvement intérieur d'une filature, n'est pas fondé à réclamer privilége, au préjudice d'un créancier inscrit sur l'établissement depuis que ces objets y ont été incorporés, surtout s'ils ne peuvent en être séparés sans détérioration des objets et de la propriété (code civil, art. 1524), 19 juillet 1828. Rouen, Mutel (Dalloz, XXX, 2, 12).

—Jugé de même que le privilége attribué par l'art. 2102 du code civil au vendeur d'effets mobiliers non payés, sur le prix de ces effets, ne peut être exercé lorsque ces mêmes effets sont devenus immeubles par destination. 18 janvier 1833. Grenoble, Bérenger (Dalloz, XXXIII, 2, 85).

—Jugé, enfin, que le privilége du vendeur d'objets mobiliers, immobilisés par destination, tels que les mécaniques ou métiers que l'acheteur a placés dans sa manufacture, n'a pas de suite sur ces objets, et ne donne pas le droit au vendeur d'être payé de son prix par préférence aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble auquel se sont incorporés ces meubles. 22 janv. 1833. Civ. r. Colmar, Mirault (Dalloz, XXXIII, 1, 151). Conf. Dalloz, XXXVI, 1, 5.

—Jugé encore, en sens divers, d'une part, que le privilége du vendeur pour le prix d'objets mobiliers non payés ne peut être exercé quand ces objets sont devenus immobiliers par destination.

Tel est le cas où des objets de serrurerie et de mécanique ont été incorporés à des usines, de telle sorte que, sans eux, celles-ci ne pourraient pas fonctionner. 18 mars 1840. Req. Camus (Dalloz, XL, 1, 232).— 6 fév. 1839. Amiens, Beuchot (Dalloz, XL, 2, 41).—6 avril 1836. Paris, Chrétien (Dalloz, XXXVI, 2, 68). Conf. Duvergier, *Traité de la Vente*, t. I, n. 439.

—Et d'autre part, au contraire, que le privilége du vendeur d'effets mobiliers (machines et métiers), non payés, continue d'exister, même après que ces objets sont devenus immeubles par destination. 1er août 1837. Caen, Pichet (Dalloz, XXXVIII, 2, 230).

—En tous cas, il suffit que les meubles et ustensiles faisant partie de la vente d'un fonds de commerce (un café) aient été remplacés en partie et réparés, pour que le privilége du vendeur non payé ne puisse plus être exercé sur ces objets. 11 juillet 1833. Trib. de la Seine, Prouquier (Dalloz, XXXIV, 2, 4).

—En cas de vente d'un fonds de commerce, il n'est pas nécessaire, pour avoir droit au privilége de l'art. 2102 4°, que ce fonds se trouve entre les mains de l'acheteur, dans le même état qu'au moment de la vente. 2 janv. 1838, Req. (Dalloz, XXXVIII, 1, 64).

—Toutefois, l'agent d'affaires qui cède son cabinet à un de ses confrères, ne peut plus tard exercer le privilége de vendeur dans la faillite de l'acheteur, alors que celui-ci a réuni les deux cabinets en un seul. 17 juin 1836. Paris, Sellier (Dalloz, XXXVI, 2, 139).

Jurisprudence belge.—Le vendeur d'objets mobiliers ne perd pas son privilége lorsque ces objets deviennent immeubles par destination. Il peut saisir mobiliairement, aux termes de l'article 593 du code de procédure civile, son meuble immobilisé, s'il se trouve en concurrence avec des créanciers inscrits, et lorsqu'il est dans le cas de pouvoir saisir-revendiquer. Il pourrait, dans ce cas, demander le dégagement ou distraction préalable de son gage, si une saisie réelle était déjà pratiquée. Il peut agir par voie de saisie mobilière, lorsqu'il y a des inscriptions hypothécaires, et qu'il ne prétend exercer son privilége que sur le prix. Il le peut, dans tous les cas, lorsqu'il ne se trouve en concurrence qu'avec de simples créanciers chirographaires. Lorsqu'il y a des créanciers inscrits, et que le vendeur ne peut exercer son privilége que sur le prix, il peut le réaliser par la vente de son meuble en un lot séparé en suivant la procédure immobilière, pour être colloqué d'après son rang sur le produit de la vente de ce lot (*J. de B.* 1837, 1, 287.)

—Le vendeur d'une mécanique a privilége sur l'objet vendu conformément à l'art. 2102 du code civil, quoique la vente ait eu lieu de commerçant à commerçant. Ce privilége n'est pas détruit par l'immobilisation ni par l'hypothèque qu'un tiers a fait inscrire sur l'objet devenu immeuble. La créance de billets, valeur en mécanique, après que l'objet a été vendu comptant, n'emporte pas novation. Les intérêts du prix d'achat ne sont pas compris dans le privilége (*J. de B.* 1837, 1, 294).

—Des mécaniques, quoique devenues immeubles par destination, ne perdent pas leur nature de meubles à l'égard du vendeur non payé, aussi longtemps quelles restent dans la possession de l'acquéreur.

Le vendeur peut exercer sur elles son privilége, nonobstant l'inscription prise par un tiers.

La revendication dont il est parlé aux articles 576 et suivants du code de commerce, n'est applicable qu'aux marchandises destinées à être livrées au mouvement commercial, et non à des mécaniques placées dans une usine pour son exploitation (*J. de B.*, 1838, 1, 48).

—Un objet mobilier, quoique devenu immeuble par destination, reste affecté au privilége du vendeur non payé, si l'immobilisation n'a pas

[ARTICLE 1992.]

Tant que le prix n'est pas payé, le vendeur conserve un droit réel sur la chose. Or, on ne peut admettre que l'acheteur, en imprimant à cette chose une qualité purement métaphysique, et en changeant sa destination pour sa propre commodité, ait pu altérer les droits précis et intimes du vendeur, et lui soustraire son gage; il n'était en son pouvoir de donner aux choses vendues qu'une destination imparfaite et subordonnée aux droits du vendeur.

Il en est sans doute autrement lorsque l'acquéreur a changé l'espèce de la chose, et qu'au moyen de cette transformation la chose livrée a cessé d'être ce qu'elle était. On conçoit alors que la perte du privilége est fondée sur la perte de la chose elle-même.

Mais, dans l'hypothèse qui m'occupe, la chose subsiste dans toutes ses parties, telle qu'elle existait primitivement.

changé sa forme, et lui permet de reprendre, sans changements nouveaux, sa nature primitive (*J. de B.*, 1834, 1, 273).

Voy. ci-après Troplong, n. 185 2°.

—Une machine à vapeur placée même à perpétuelle demeure, pour le service et l'exploitation d'une mine, reste, tant qu'elle est en la possession de l'acheteur, et malgré son immobilisation fictive, soumise à l'exercice du privilége du vendeur.

Le vendeur qui a fait vendre par expropriation l'immeuble dans lequel était incorporée cette machine à vapeur, et qui s'en est rendu adjudicataire, peut demander, par suite, qu'il soit nommé des experts pour déterminer le prix de l'immeuble et celui de la machine à vapeur vendus pour une somme globale (*J. de B.*, 1840, 2, 487).

—L'incorporation de chaudières à vapeur à une fabrique, n'anéantit pas le privilége du vendeur de ces chaudières.

Ce privilége a la préférence sur celui attribué au gouvernement par la loi générale du 26 août 1822 (*J. de B.*, 1841, 2, 540).

Au contraire.—Pour que le privilége prévu par l'art. 2102, n. 4, puisse être exercé, il faut que l'objet vendu soit demeuré mobilier. Ainsi, il ne pourrait l'être sur une machine à vapeur devenue immeuble par destination. Le vendeur ne pourrait même prétendre au privilége de l'art. 2103, n. 1, comme vendeur d'immeubles, la machine en question ayant été immobilisée par le placement fait par l'acquéreur dans sa fabrique. Bruxelles, cass., 16 août 1832 (*J. de B.*, 1832, 2, 13; *Jurisp. du* XIX[e] *siècle*, 1832, 3, 252; *Bull. de cass.*, 1834, 273, et *J. de B.*, 1834, 37).

Il n'y a qu'un changement dans sa destination. Or ce changement, n'affectant que la qualité morale de la chose, est bien différent du changement résultant de la conversion d'une espèce dans une autre, et ne semble pas devoir produire les mêmes effets (1).

(1) Voyez de nouvelles considérations, *infrà*, n. 196, et surtout dans mon *Commentaire de la Vente*, t. II, additions, p. 632. Néanmoins, la cour de Grenoble a jugé contre le privilége par arrêt du 18 janvier 1833 (Dalloz, XXXII, 2, 85, 86). Mais elle n'a pas fait attention à l'art. 593 du code de procédure civile. La cour de cassation, plus familière avec les textes, n'a pas manqué d'apercevoir l'argument que fournit cet article, à mes yeux si grave ; elle a reconnu positivement, par arrêt du 22 janvier 1833 (Dalloz, XXXIII, 1, 151, 152), que le vendeur a le droit de saisir le meuble immobilisé pour se faire payer par privilége. Ainsi, elle a condamné la décision de la cour de Grenoble. Si cependant son arrêt tourne en définitive contre le vendeur, c'est parce qu'il paraît, d'après les motifs de la décision, assez obscurs du reste, que le vendeur n'avait pas fait opérer la séparation du meuble d'avec l'immeuble, et qu'il demandait privilége sur l'immeuble même auquel le meuble avait été attaché. Mon opinion a du reste pour elle un arrêt de la cour de Gand du 24 mai 1833 (Dalloz, XXXIV, 2, 143 ; Sirey, XXXIV, 2, 561), et un arrêt très positif de la cour de cassation de Bruxelles du 9 mai 1833 (Dalloz, XXXVI, 2, 106 ; Sirey, XXXIV, 2, 563), auquel il faut joindre un arrêt de la cour du Caen du 1er août 1837 (Sirey, XXXVII, 2, 401).

Je ne dois pas dissimuler cependant à ceux qui veulent examiner ce point de droit sous toutes ses faces, que la chambre civile de la cour de cassation a décidé par un arrêt du 9 décembre 1835, entièrement contraire aux principes que nous avons enseignés dans notre *Commentaire de la Vente* (*loc. cit.*), que le vendeur perd le droit de demander la résolution de la vente par l'immobilisation du meuble vendu. L'on sait que, dans notre opinion, la question de l'existence du privilége se résout par les mêmes raisons que la question de conservation du droit de résolution. Ainsi, nous sommes forcé de reconnaître que si un esprit de logique invariable présidait à la jurisprudence des arrêts, la première de ces questions se trouverait nécessairement résolue par la seconde. Mais, avouons-le, rien n'est plus mobile que cet élément du droit ; c'est pourquoi nous espérons que, si la difficulté se présentait dans les termes d'un privilége réclamé, l'art. 593 du code de procédure civile presserait plus immédiatement l'esprit des magistrats et reprendrait son influence légitime, à moins que, pour en repousser l'application, la cour suprême

114. J'ai peut-être trop tardé à m'occuper d'une objection tirée de l'art. 570 du code civil, et qui tendrait à renverser tout le système que j'ai développé sur la perte des priviléges par la mutation totale et absolue de la chose en une autre espèce. Mais je n'ai pas voulu interrompre, par une discussion qui demande quelques détails, l'exposé de principes importants et difficiles à expliquer, à cause des nuances diverses que peuvent prendre les cas particuliers. Je me hâte d'y arriver en ce moment.

L'on sait que les jurisconsultes romains étaient partagés sur la question de savoir si, lorsqu'une mutation d'espèce a lieu, la forme doit l'emporter sur la matière, ou bien la matière sur la forme.

Nerva et Proculus pensaient que lorsque quelqu'un fait en son nom une nouvelle espèce avec la matière d'autrui, cette espèce qu'il a créée lui appartient. Cassius et Sabinus estimaient au contraire que le propriétaire de la matière mise en œuvre devenait propriétaire de la chose nouvellement fabriquée : *Quia sine materiâ nulla species effici potest.*

D'autres jurisconsultes avaient une opinion qui tenait le milieu entre celles des proculéens et des sabiniens. Ils pensaient que, si la matière pouvait reprendre sa première forme, on devait se ranger à l'opinion des sabiniens ; mais

ne trouvât des raisons un peu meilleures que celles par lesquelles le recueil de Dalloz croit *avoir réfuté notre argumentation.* Du reste, il est assez piquant de faire remarquer que, tandis que la question est jugée dans un sens par notre cour de cassation, elle reçoit en Belgique une solution tout opposée d'un tribunal égal en lumières et en autorités. Je livre cet exemple aux méditations de ceux qui vont chercher dans les arrêts plutôt que dans de laborieuses études un point de fixité pour leurs opinions. Puissent de telles contradictions faire naître dans les esprits un peu de ce scepticisme salutaire par lequel il faut passer quelquefois pour revenir à la science pure, seule capable de sauver.

Il existe, dans le même sens que l'arrêt de la cour de cassation qui nous a suggéré ces réflexions, un arrêt de la cour royale de Paris du 6 avril 1836 (Dalloz, XXXVI, 2, 68 ; Sirey, XXXVI, 2, 347).

que, si elle ne pouvait la reprendre, l'avis des proculéiens était préférable (1).

C'est ce parti intermédiaire que Justinien avait adopté dans ses Institutes (2).

Mais le code civil en a pensé différemment, et a fait prévaloir l'avis des sabiniens.

" Art. 570. Si un artisan ou une personne quelconque a
" employé une matière qui ne lui appartenait pas, à former
" une chose d'une nouvelle espèce, *soit que la matière puisse*
" *reprendre ou non sa première forme*, celui qui en était pro-
" priétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été
" formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre."

Le code ne fait qu'une exception à cette règle, article 571 :
" Si cependant la main-d'œuvre était *tellement importante*
" qu'elle surpassait de *beaucoup* la valeur de la matière em-
" ployée, l'industrie serait alors réputée la partie principale,
" et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée,
" en remboursant le prix de la matière au propriétaire."

Voici maintenant l'objection qui peut être faite :

Paul, des écrits duquel est tirée la loi 18, § 3, *de pignorat. act.* (3), cité ci-dessus, et de laquelle il résulte que, si le bois hypothéqué est employé à la construction d'un navire, le gage est perdu, tenait l'avis mitoyen dont j'ai parlé ci-dessus (4).

C'est en le commentant que Cujas a fait la distinction du cas où la matière peut reprendre sa première forme, du cas où elle ne le peut pas. Cette distinction, adoptée par la ma-

(1) Caius, Inst., 2, 79 ; L. 7, § 7, D. *de acq. rer. dominio :* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 107, n. 35 ; Ducaurroy, t. I, p. 276, n. 365.

(2) *De rer. divis.*

Add. Sur la législation romaine, sa différence avec notre droit, et les questions que peut soulever une mutation ou transformation. Voy. *Commentaire des commentaires, Traité du domaine privé,* par Proudhon, n. 515 et suivants, et surtout aux notes.

(3) Lib. 29, *ad Edictum.*

(4) L. 26, D. *de acq. rer. dominio ;* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 107, n. 36.

jorité des jurisconsultes romains dans le dernier état de la jurisprudence, et sanctionnée par Justinien, a dû être respectée par les interprètes des lois romaines, et servir de guide à leurs décisions.

Mais ne doit-on pas la repousser, aujourd'hui que le code civil la réprouve, aujourd'hui que l'avis des sabiniens est érigé en loi, aujourd'hui que le propriétaire de la valeur reste propriétaire de la chose créée par l'industrie, soit que cette chose puisse reprendre ou non sa forme première ? Il faut donc dire que, d'après le code civil, on doit laisser à l'ancien droit des distinctions qui ne sont faites que par un ordre de choses aboli, et que le privilége se conserve malgré les changements auxquels est soumise la matière première, sauf cependant l'exception dont parle l'art. 571 du code civil.

115. Cette objection est spécieuse. Mais, avec un peu d'attention, on voit qu'elle n'a pour elle qu'une couleur séduisante.

La controverse entre les proculéiens et les sabiniens, de même que l'art. 570 du code civil, ne roule que sur le cas où il s'élève un conflit entre deux propriétaires, dont l'un revendique la matière première, l'autre la chose créée par son industrie avec une matière qui ne lui appartient pas. On ne peut alors se dissimuler que l'espèce nouvelle n'ait fait disparaître la matière première. D'un autre côté, il faut reconnaître que l'ouvrier a travaillé sur une chose dont il n'est pas propriétaire. De là la nécessité d'examiner une question d'accession qui consiste à savoir qui, de la matière ou de la forme, doit avoir la prééminence, afin d'adjuger à quelqu'un la propriété incertaine. On a vu ce qui, après beaucoup de variations, avait été adopté par la législation nouvelle.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un privilége, comme il ne peut y avoir de privilége que sur une chose dont on n'est pas propriétaire, cette necessité d'adjuger la propriété ne se présente plus. Le propriétaire est connu : personne ne peut contester son droit. Maître de la chose, il a pu s'en servir en proprié-

taire ; il a pu en user et en abuser, la transformer ou la détruire.

Il n'y a donc qu'une seule chose à examiner. L'objet grevé a-t-il péri ? a-t-il été anéanti ? oui ou non.

Or on ne peut contester que la laine employée à faire du drap n'existe plus comme laine ; que le bois employé à faire un vaisseau ne soit plus un simple tronc, un simple arbre, comme il était primitivement. Il suit de là que, l'objet grevé étant anéanti, le privilége l'est également ; car c'est sur des laines, sur du bois, qu'existait le privilége. Il n'a pu être transféré de plein droit sur des draps et sur un vaisseau.

Au reste, c'est ce que les sabiniens eux-mêmes avaient reconnu. Cette secte, qui voulait que, dans le conflit entre le propriétaire de la matière et l'ouvrier, on jugeât pour le maître de la matière, étaient les premiers à dire que, si la chose hypothéquée étaient convertie en une autre d'une nouvelle espèce, le gage était perdu.

Paul nous apprend ce fait extrêmement remarquable dans la loi 18, § 3, D. *de pignorat. act.* (1) : " Si quis caverit ut " sylva sibi pignori esset, navem ex eâ materiâ factam non " esse pignoris, *Cassius* (2) ait : quia *aliud sit materia, aliud* " *navis*."

Cassius reconnaissait donc que la perte de l'hypothèque dépendait d'autres principes que la perte de la propriété, et que les conséquences de la *spécification* ne s'appliquaient pas toutes au droit d'hypothèque. Par la même raison on doit croire que le code civil, qui a adopté la doctrine de Cassius sur un point, n'a pas voulu lui donner sur un autre une extension désavouée par la raison.

116. L'esprit du code civil se montre à découvert par un autre rapprochement.

L'art. 2102, n° 4, qui est relatif au privilége du vendeur

(1) *Pand.* de Pothier, t. I, p. 582, n. 12.

(2) Cassius Longinus était l'un des chefs de la secte sabinienne, qui portait aussi le titre de Cassienne, à cause de lui (Pothier, *Pand.*, t. I, préface, p. XXIII, n. 31).

sur les objets non payés, accorde aussi au vendeur le droit de revendiquer ces objets, s'il le trouve convenable.

Mais, entre autres conditions, il veut que cette revendication ne puisse être exercée que si ces effets se trouvent *dans le même état dans lequel la livraison a été faite.*

Il suit de là que, si j'ai vendu les bois de mes forêts, et que ces bois aient été employés à la construction de navires, je ne pourrai revendiquer ces bâtiments dans le cas où je n'aurais pas été payé. Vainement je réclamerais la disposition de l'art. 570 du code civil, qui porte que le propriétaire de la matière l'est aussi de l'ouvrage fabriqué avec cette matière. On me répondrait : " L'art. 570 n'est appli-" cable qu'au cas où les navires auraient été construits avec " le bois d'autrui, et où il s'agirait de décider, *entre l'ouvrier* " *et le propriétaire des bois*, lequel est propriétaire du vais-" seau ; mais, dans l'espèce, les bois ne vous appartiennent " plus, puisque vous les avez vendus. Avant l'action en re-" vendication, l'acquéreur a pu en faire ce qui lui parais-" sait convenable ; tant pis pour vous si vous avez réclamé " si tard. Au reste, vous ne pouvez revendiquer que ce que " vous avez livrée ; or, vous avez livré des bois, mais ils " n'existent plus : ils ont été transformés en vaisseaux."

Mais si je ne peux exercer l'action en revendication parce que les objets vendus auront changé de nature et d'espèce, il est sensible que je ne pourrai non plus exercer de privilége ; car il y a trop d'analogie entre la revendication et le privilége pour que l'on puisse s'appliquer à des choses dont l'autre serait exclu (1).

Inutilement dira-t-on que le propriétaire non payé est censé propriétaire de la chose ; que si, par exemple, un ouvrier s'emparait des bois vendus et en faisait des meubles, l'acquéreur serait propriétaire des meubles sauf à rembourser la main-d'œuvre ; qu'il serait par conséquent bien étrange que le vendeur non payé n'eût pas un droit semblable.

(1) Add. Telle n'est pas l'opinion de Duranton. Voyez ci-dessus la note sous le n. 113.

Je réponds que ce n'est pas dans un sens exact et rigoureux que l'on dit que le vendeur non payé est propriétaire de la chose vendue (1) : c'est une manière de parler pour montrer qu'il conserve sur la chose un droit privilégié. Mais il n'en est pas propriétaire, surtout lorsqu'il a suivi la foi de l'acquéreur et qu'il lui a fait la tradition de l'objet vendu. S'il était propriétaire, il n'aurait pas de privilége ; car nul n'a de privilége à réclamer sur sa chose.

Privé du droit de propriété, il ne pourra pas davantage réclamer de droits privilégiés sur les meubles qui auront été confectionnés par l'acquéreur avec le bois vendu ; car ce bois n'existe plus. Une chose d'une autre nature a pris sa place ; et de même qu'il n'aurait aucun privilége sur les meubles que l'acquéreur aurait achetés avec l'argent provenant de la revente des bois, de même il n'a aucun droit sur les meubles faits avec le bois ; car autre chose est le bois vendu, autre chose sont les meubles. Cassius a fort bien dit : *Aliud materia, aliud navis.* En matière de priviléges, il ne peut y avoir de subrogation de plein droit d'une chose à une autre. Les priviléges sont de droit étroit : ils ne se communiquent pas, et un privilége spécial ne doit grever que ce qui lui est spécialement affecté.

117. Il me reste à observer que les priviléges sur les meubles, même quand ils sont généraux, ne peuvent s'exercer que dans les limites tracées par les articles 592 et 593 du code de procédure civile. Il y a en effet des meubles qui sont insaisissables ; par exemple, le coucher nécessaire des saisis, ceux de leurs enfants vivant avec eux, les habits dont les saisis sont vêtus et couverts. Or le privilége n'a d'efficacité que par l'expropriation du débiteur (2). Il est paralysé, tant que la chose est *insaisissable.*

117 2° J'ai parlé jusqu'ici des meubles. Quant aux immeubles, ils sont sujets, comme les meubles, mais plus rarement qu'eux, aux changements dont j'ai parlé.

(1) Voy. mon *Comment. de la Vente*, t. I, n. 36, 37 et suiv.

(2) *Infrà*, n. 123.

Ainsi une maison peut être détruite de fond en comble : il n'en reste plus que les matériaux, qui sont une espèce différente de la maison, et sur lesquels par conséquent ne se continue pas le privilége imprimé sur l'immeuble, à moins qu'ils ne soient employés à la reconstruction de la même maison (1).

Ainsi Pierre a un privilége comme vendeur non payé sur la maison A. Elle est renversée et détruite par un tremblement de terre. Les créanciers de l'acquéreur font vendre le sol et les matériaux. Le vendeur n'aura de droit privilégié que sur le prix du sol. A l'égard du prix des matériaux, il ne sera qu'un créancier chirographaire.

118. Il arrive souvent que l'objet sur lequel le privilége était assis, et qui vient à périr, était *assuré*, comme maison, mobilier, vaisseau, etc. Le privilége se continue-t-il sur l'indemnité payée par les compagnies d'assurances pour réparation du sinistre ?

Cette question sera traitée *infrà*, n° 890.

118 2° Je termine tous ces developpements par une réflexion.

La question de savoir si la transformation d'une espèce en une autre détruit le privilége, n'est intéressante que pour le cas où il s'agit d'un *privilége spécial.*

Mais si ce privilége était général, la question serait sans utilité, puisqu'il est de l'essence du privilége général de tout affecter sans exception (2).

(1) *Infrà*, n. 889; Grenier, t. I, p. 312.

(2) On trouvera peut-être que l'ordre naturel aurait voulu que cette matière fut traitée au titre *De la perte des priviléges.* Mais d'abord le code ne s'occupe pas de l'extinction des priviléges par la perte de la chose. De plus, notre article appelant spécialement notre attention sur l'*assiette du privilége,* il m'a paru que c'était le moment de s'expliquer sur les transformations dont cette assiette est susceptible.

SECTION I.

DES PRIVILÉGES SUR LES BIENS MEUBLES.

1993. Les priviléges peuvent être sur la totalité des biens meubles ou sur certains biens meubles seulement.

SECTION I.

OF PRIVILEGES UPON MOVEABLE PROPERTY.

1993. Privileges may be upon the whole of the moveable property,or upon certain moveable property only.

---

* *C. N.* 2100. } Les privilèges sont ou généraux, ou particuliers sur certains meubles.

Voy. *Pigeau* et *Pothier*, cités sur art. 1982.

1994. Les créances privilégiées sur les biens meubles sont les suivantes, et lorsqu'elles se rencontrent elles sont colloquées dans l'ordre de priorité et d'après les règles ci-après, à moins qu'il n'y soit dérogé par quelque statut spécial :

1. Les frais de justice et toutes les dépenses faites dans l'intérêt commun ;

2. La dixme ;

3. La créance du vendeur ;

1994. The claims which carry a privilege upon moveable property are the following, and when several of them come together they take precedence in the following order, and according to the rules hereinafter declared,unless some special law derogates therefrom :

1. Law costs, and all expenses incurred in the interest of the mass of the creditors ;

2. Tithes ;

3. The claims of the vendor ;

4. Les créances de ceux qui ont droit de gage ou de rétention ;

5. Les frais funéraires ;

6. Les frais de la dernière maladie ;

7. Les taxes municipales ;

8. La créance du locateur ;

9. Les gages des serviteurs et les créances des fournisseurs ;

10. La Couronne pour créances contre ses comptables.

Les priviléges rangés sous les numéros 5, 6, 7, 9 et 10 s'étendent à tous les biens meubles du débiteur, les autres sont spéciaux et n'ont d'effet qu'à l'égard de quelques objets particuliers.

4. The claims of creditors who have a right of pledge or of retention ;

5. Funeral expenses ;

6. The expenses of the last illness ;

7. Municipal taxes ;

8. The claim of the lessor.

9. Servants' wages, and sums due for supplies of provisions ;

10. The claims of the crown against persons accountable for its moneys.

The privileges specified under the numbers 5, 6, 7, 9 and 10 extend to all the moveable property of the debtor, the others are special, and affect only some particular objects.

1995. Les frais de justice, sont tous les frais faits pour la saisie et vente des biens meubles et ceux des opérations judiciaires qui ont pour objet de fournir aux créanciers généralement le moyen d'obtenir le paiement de leurs créances.

1995. Law costs are all those incurred for the seizure and sale of the moveable property and those of judicial proceedings for enabling the creditors generally to obtain payment of their claims.

[ARTICLE 1995.]

* *C. N.* 2101. } Les créances privilégiées sur la généralité des meubles, sont celles ci-après exprimées, et s'exercent dans l'ordre suivant :

1° Les frais de justice ;

2° Les frais funéraires ;

3° Les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus ;

4° Les salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante :

5° Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille ; savoir, pendant les six derniers mois, par les marchands en détail, tels que boulangers, bouchers et autres; et pendant la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros.

---

* *ff. Depositi vel contra, Liv.* 16, *Tit.* 3, *L.* 8. } Quod privilegium exercetur non in ea tantùm quantitate, quæ in bonis argentarii, ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus : idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. Planè sumptus causa qui necessariè factus est, semper præcedit : nam, deducto eo, bonorum calculus subduci solet. (PAPINIANUS).

Ibidem Trad. de M. Hulot. } Le dépositaire exercera son privilège, non-seulement sur ce qui restera de l'argent déposé dans les biens du banqueroutier, mais même sur tous ses autres biens : ce qui a été introduit par une raison de bien public, à cause de la nécessité où on est de se servir des banquiers. Néanmoins les dépenses nécessaires qui ont été faites pour conserver les biens du banqueroutier, et pour les vendre, sont toujours préférées ; parce qu'on ne compte au rang de ses biens que ce qui reste, déduction faite de ces dépenses. (PAPINIEN)

[ARTICLE 1995.]

* 13 *Guyot, Rep., vo Privilége, p.* 689-690. } Les créances privilégiées sur les effets mobiliers, sont:

1° Les frais de justice faits pour parvenir à la vente et à la distribution des effets, attendu que c'est par le moyen de ces frais que ces créances peuvent être acquittées.

2° Les frais funéraires. Voyez Frais Funéraires.

3° Les loyers des maisons et les fermages des biens de campagnes. Voyez l'article Bail.

4° L'article 175 de la coutume de Paris, accorde un Privilége aux aubergistes sur le prix des choses que les voyageurs ont amenés dans leurs auberges.

5° Les frais de voiture et de messageries sont pareillement une créance privilégiée sur les choses voiturées. On autorise même les voituriers à garder les effets qu'ils ont conduits, jusqu'à ce que la voiture en soit payée.

6° Les médecins, les chirurgiens et les apothicaires ont un Privilége sur le prix des effets mobiliers d'une succession, pour le prix de leurs visites, pansemens et médicamens concernant la dernière maladie du défunt.

7° Les gages des domestiques sont aussi une créance privilégiée sur les meubles du maître, pour la dernière année qu'ils l'ont servi.

8° La jurisprudence des arrêts a attribué aux bouchers et aux boulangers un Privilége sur les meubles de leur débiteur pour ce qu'ils lui ont fourni durant la dernière année. Voyez Boucher et Boulanger.

9° Lorsque des créanciers saisissent des meubles, le vendeur peut s'opposer à la vente, et doit être préféré sur la chose aux autres créanciers.

---

* 4 *Maleville, sur art* 2101 *C. N.* } Les frais de justice ont le premier rang, parce qu'ils ont été exposés pour conserver les droits de tous les créanciers.

---

* 1 *Pigeau*, *Proc. civ.*, *p.* 682. } Les frais de contribution et ceux faits pour y parvenir, qui sont préférables à tous créanciers, parce qu'ils les ont mis en état de toucher leurs dus.

Lorsqu'il y a eu un scellé pour l'absence du débiteur saisi, les frais ne doivent passer qu'après le propriétaire pour les loyers, parce que le scellé ne lui a procuré aucun avantage, en ce qu'il auroit pu, sans cette voie, empêcher l'évasion des meubles, et même faire saisir-gager, ce qui eût été moins coûteux. On voit cependant dans le code de Louis XV, tom. 5, un arrêt du parlement, du 17 février 1734, qui a jugé pour la préférence des frais du scellé. Denisart au mot *loyers*, nº 16, dit qu'il y a plusieurs arrêts semblables, et qu'ils sont conformes à l'avis de Duplessis ; mais il pense par les raisons que l'on vient de voir, que le propriétaire doit être préféré. (A l'égard des frais de vente, on n'en parle pas, parce que l'huissier les retient par ses mains, et que la contribution ne se fait que de ce qui reste).

---

* 2 *Bourjon*, *Dr. Comm.*, 5e *part.*, *Tit.* 8, *nº XLIX et L*, *p.* 684. } XLIX. Il y a sur les meubles des privileges qui concourent ensemble ; il y en a qui sont privilégiés aux autres, quoique ces derniers soient aussi privilégiés, ce qu'on va expliquer. Tout cela jettant dans des détails, demande différentes distinctions qu'on va faire par les paragraphes suivans. La regle générale sur cela est, qu'à l'égard des privilégiés, la nature de leur privilege regle leur droit ; et entre les autres il y a concours qui se consomme par la contribution.

Sur ces privileges on peut voir Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 44 ; et Duplessis, pag. 618, 619 et 620.

L. Voici la cause du premier privilege ; les frais de la vente et ceux faits pour y parvenir se prennent sur les deniers de la vente par préférence à tous, même aux créanciers privilégiés ; ce privilege l'emporte sur tous les autres ; ces

frais sont inevitables, et c'est par eux que les privilégiés mêmes peuvent parvenir à leur paiement : il faut donc commencer par les acquitter ; ce qui s'applique pareillement dans le cas d'une vente faite après une apposition de scellés et d'inventaire, sur les deniers de laquelle les vacations des officiers qui y ont travaillé se prennent par préférence.

Voyez la loi 8, ff. *depositi.* et la loi 72, ff. *ad leg. falcid.* le traité de la subrogation, ch. 3, n. 42 et 43 ; et Duplessis, des exécutions, liv. 2, pag. 619 ; ce qui est adopté par l'usage ; c'est droit commun. Voyez l'arrêt du 2 juillet 1641, rapporté dans le recueil des réglements sur les scellés et les inventaires, liv. 5, pag. 685, et deux autres arrêts qui sont à la suite.

---

* 2 *Couchot*, *Praticien*, *De l'exécution*, *p.* 93-94. } Les frais extraordinaires sont tous ceux qui n'ont point été payez par l'adjudicataire qui est tenu des frais ordinaires, c'est-à-dire seulement des procedures necessaires pour parvenir au decret sans aucun incident ; car tout ce qui est incident, comme les opositions afin de distraire et de charge, les apelations, et generalement tout ce qui n'a servi qu'à interrompre les poursuites ordinaires de criée donnent lieu à des frais extraordinaires, qui doivent être pris sur la chose par préference ; parce que le poursuivant les a fait pour la conservation de la chose, et pour l'interest commun de tous les Creanciers.

Si le poursuivant en soutenant des procès pour l'interest commun a succombé et a été condamné aux dépens ; Ces dépens et ceux qu'il a faits ne laissent pas d'entrer en frais extraordinaires de criées, à moins qu'il n'ait esté dit expressément qu'il ne les pourra repeter. Il employe aussi ceux qui lui ont esté ajugez contre les Parties, qui ont succombé, sans être obligé de les poursuivre pour en avoir le payement ; C'est aux Creanciers, sur qui le fond a manqué à faire cette poursuite.

La collocation du poursuivant s'entend donc indistinctement de tous les frais extraordinaires, et de ceux de l'Ordre

dont il doit estre payé sur le prix de l'adjudication par preference à tous Creanciers.

---

* 2 *Ferrière, Cout. de Paris, sur art.* 179, *p.* 1368. } Premièrement, les frais de Justice, *l. scimus.* §. *in computatione. Cod. de jure deliberandi. l. fin.* §. *expensas Cod. de bon. aut jud. possid. l. quantitas* 72. *ad l. Falcid.* C'est pourquoy dans les saisies réelles les dépens faits par un creancier pour parvenir à l'ordre, luy sont remboursez, quoyqu'il ne soit pas utilement colloqué, préferablement à tous les autres de même que les frais extraordinaires de criées, suivant l'article 12. de l'Ordonnance des criées ; car à l'égard des frais ordinaires, c'est à l'Adjudicataire à les payer, les adjudications par decret se faisant toûjours à la charge d'iceux ; Voyez le Dictionnaire de M. Brillon *verbo* Frais, et les Loix Civiles partie 2. liv. 3. tit. 1. Frenoy 5. nomb. 25.

---

3 *Aubry et Rau*, § 260, p. 128-130. } 1° *Les frais de justice.* On doit considérer comme tels tous les frais faits, dans l'intérêt commun des créanciers, pour la conservation, la liquidation, la réalisation des biens du débiteur, et pour la distribution du prix en provenant, peu importe qu'ils aient été exposés à l'occasion ou dans le cours d'une instance judiciaire, ou qu'ils soient relatifs à des actes ou opérations extrajudiciaires.

Ainsi, les frais de justice comprennent, non seulement ceux de saisie, de vente forcée, d'ordre ou de distribution de deniers, mais encore les frais de scellés, d'inventaire, de gestion et de compte, faits par l'héritier bénéficiaire, le curateur à succession vacante, ou le syndic d'une faillite (1); et,

(1) Art. 810 et 814 du Code Nap. et 565 du Code de comm., et arg. de ces articles. Valette, n. 21. Pont, n. 69. Paris, 28 janvier 1812, Sir., 13, 2, 192. Metz, 4 mai 1820, Sir., 21, 2, 102. Req. rej., 11 août 1824. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 1, 516. Lyon, 16 janvier 1851, Sir., 52, 2, 344. Voy. aussi : Lyon, 9 juin 1865, Sir., 65, 2, 304.

en particulier, les frais des procès soutenus par un administrateur de l'une ou l'autre de ces catégories, soit pour repousser des prétentions élevées par des tiers, soit pour provoquer des condamnations contre des tiers (1).

Il en serait autrement des frais d'un partage amiable, fait entre des héritiers même bénéficiaires, dans leur intérêt exclusif, et sans l'intervention d'aucun créancier (2).

Quant aux frais avancés par un créancier dans son intérêt personnel, par exemple pour faire reconnaître sa créance ou pour se procurer un titre exécutoire, ils ne forment pas, quoique faits en justice, des frais de justice dans le sens de l'art. 2101, et ne jouissent pas du privilége établi par cet article (3).

Ce privilége, fondé sur le motif d'équité que personne ne doit refuser la restitution d'avances utilement faites dans son intérêt, peut, suivant les circonstances, être sujet à une double limitation, quant aux objets sur lesquels il s'exercera, et quant aux créanciers auxquels il sera opposable.

Ainsi, lorsque certains frais de justice, comme par exemple des frais de saisie et de vente, concernant non point la généralité des meubles, mais seulement quelques objets déterminés, ils ne sont privilégiés que sur ces objets (4).

D'un autre côté, quand des frais de justice, quoique relatifs à la généralité des meubles, ne profitent cependant pas à certains créanciers, investis de droits particuliers, pour la

(1) Toullier, IV, 390. Bilhard, *Du bénéfice d'inventaire*, n. 79 et suiv. Duranton, VII, 36. Amiens, 17 août 1836, Sir., 37, 2, 353.

(2) Pont, n. 69. Req. rej., 14 février 1853, Sir., 53, 1, 246.

(3) Valette, n. 22. Pont, n. 67. Martou, II, 316. Civ. rej., 24 juin 1867, Sir., 67, 1, 285.—La proposition est incontestable en tant qu'il s'agit de jugements pris contre le débiteur lui-même. Mais il semble qu'il doive en être autrement pour les jugements pris contre l'héritier bénéficiaire, le syndic d'une faillite, ou le curateur à succession vacante. Dans la pratique, on considère les frais de pareils jugements comme dus par *la masse*, et on admet le prélèvement.

(4) Pont, n. 68. Cpr. Civ. cass., 28 juillet 1848, Dalloz, 1849, 1, 328.

conservation ou la réalisation desquels les actes ou procédures qui ont occasionné ces frais étaient sans nécessité comme sans utilité, le privilége dont ils jouissent ne peut être opposé à ces créanciers. C'est ainsi que le privilége général pour frais de scellés, d'inventaire, et d'administration d'une succession bénéficiaire ou de la masse d'une faillite, n'est pas susceptible d'être opposé à des créanciers ayant des priviléges spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite, par exemple, au créancier gagiste, au locateur, à l'aubergiste, et au voiturier (1). C'est ainsi encore que le privilége pour les frais occasionnées par une faillite, tels que les frais faits pour l'ouverture de la faillite et la convocation des assemblées de créanciers, les droits de greffe, et les honoraires des syndics, ne peut être opposé aux créanciers hypothécaires (2).

A plus forte raison, le privilége des frais de justice, dont jouit l'héritier bénéficiaire ou le syndic d'une faillite, pour les dépens auxquels il a été condamné dans un procès soutenu contre un créancier de la succession ou de la faillite, n'est-il pas opposable à ce créancier qui a obtenu gain de cause (3).

(1) Code de proc. civ. art. 662 et 768, et arg. de ces articles. Merlin, *Rép.* v° Privilége, sect. III, § 1, n. 2. Grenier, II, 300. Troplong, I, 130 et 131. Valette, n. 22. Pont, n. 67. Martou, II, 321 à 324. Zachariæ, § 260, note 1ère. Paris, 27 novembre 1814, Sir., 16, 2, 205. Civ. rej., 20 août 1821, Sir., 22, 1, 28. Lyon, 27 mars 1821 et 14 décembre 1825, Sir., 26, 2, 51 et 53. Lyon, 1er avril 1841. Sir., 42, 2, 345. Lyon, 17 mars 1846, Sir. 46, 2, 438. Cpr. cep. Lyon, 1851, Sir., 52, 2, 344.

(2) Riom, 24 août 1863, Sir., 64, 2, 65. Voy. cep. Colmar, 4 juillet 1831, Sir., 33, 2, 76.—Mais le privilége pour frais de scellés et d'inventaire, après décès ou faillite, est opposable aux créanciers hypothécaires, puisque ces opérations, qui peuvent avoir pour effet de prévenir le divertissement des titres de propriété, concernent également l'intérêt de ces créanciers. Troplong, 1, 131. Duranton, XIX, 44. Paris, 28 janvier 1812, Sir., 13, 2, 152. Req. rej., 11 août 1824, Sir., 25, 1, 55. Rouen, 2 décembre 1841, Sir. 42, 2, 158. Riom, 24 août 1863, Sir., 64, 2, 65. Voy. en sens contraire : Marcadé, II, 325.

(3) Martou, II, 342. Civ. cass. 25 avril 1854, Sir., 54, 1, 369.

* 15 *Pand. frs., sur art.* 2100 *C. N.* } 66. Cet article rassemble tous les priviléges qui ont lieu sur tous les meubles ; et il les classe, ainsi qu'il l'exprime, dans l'ordre suivant lequel ils doivent être portés dans l'état de distribution.

Mais il ne dit point en quoi consistent ces priviléges, et quelle est leur étendue. Notre tâche est d'expliquer les règles que l'on doit suivre à cet égard. Nous allons en conséquence reprendre chacun de ces priviléges l'un après l'autre.

67. Lorsqu'un créancier saisit les meubles de son débiteur et les fait vendre, s'il ne se trouve point d'autres créanciers opposans, il est évident qu'il n'y a point de privilége, puisqu'il n'y a de concours avec personne. Dans ce cas, l'huissier remet au saisissant le prix de la vente jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et le surplus, s'il y en a, à la partie saisie (1).

Mais s'il y a des opposans, l'huissier doit garder les deniers jusqu'à ce que les oppositions soient jugées, ou les consigner entre les mains de qui il est ordonné par un jugement rendu avec toutes les parties (2).

C'est alors qu'il y a lieu aux différens priviléges énoncés en notre article, qui met au premier rang celui des frais de Justice.

68. Ces frais sont ceux de saisie, de garde et de vente, car ils sont faits pour l'intérêt commun de tous les créanciers.

Ceux que le saisissant a faits pour faire condamner le créancier envers lui, si, n'ayant pas de titre exécutoire, il a été forcé d'obtenir jugement, ne jouissent pas de ce privilége : ceux même du commandement n'y entrent pas. Ces frais qu'il a faits pour son intérêt personnel sont employés avec le principal de sa créance, et les intérêts qui peuvent lui être dus ; ils entrent dans la contribution.

(1) Ordonnance de 1667, tit. 33, art. 20.

(2) *Ibid.* même art.

Le Code civil met les frais de Justice indistinctement au premier rang.

Cependant, lorsque c'étaient les meubles d'un débiteur défunt qui étaient saisis, il était d'un usage général et constant de leur préférer les frais funéraires (1). Il est vrai qu'on ne leur donnait la préférence que pour le transport du corps et l'ouverture de la fosse (2), que l'on appelait frais funéraires du premier ordre : le surplus de ces frais, que l'on qualifiait du second ordre, ne se payait qu'après ceux de Justice, et par contribution avec les autres créanciers privilégiés, mais par préférence à tous les autres.

Il nous semble que l'on doit encore suivre cette règle dans le même cas, car les frais nécessaires pour inhumer un défunt sont absolument indispensables. C'est aussi ce que portent les Lois Romaines, ainsi que nous l'avons vu dans nos Notions préliminaires où nous avons cité le texte qui le décide ainsi.

Mais il ne faudrait plus pour le surplus des frais funéraires observer la contribution avec les créanciers privilégiés, parce que la Loi place ce privilége avant tous les autres.

1996. Les dépenses faites dans l'intérêt de la masse des créanciers, comprennent celles qui ont servi à conserver le gage commun.

1996. The expenses incurred in the interest of the mass of the creditors, include such as have served for the preservation of their common pledge.

Consultez *Sts. Ref. du C.*, ch. 17; ch. 19 ; ch. 23.

(1) Pothier. Traité de la procédure civile, ch. 2, art. 7, § 2, œuv. posth. édit. in-4°, t. 7.

Voyez aussi les Notes sur l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 4 août 1692.

(2) Acte de notoriété du 24 mai 1694, donné par le même siége.

[ARTICLE 1996.]

* *C. N.* 2102. } Les créances privilégiées sur certains meubles sont,

1. Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme ; savoir, pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine ; et, dans ces deux cas, les autres creanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû ;

Et, à défaut de baux authentiques, ou lorsqu'étant sous seing-privé ils n'ont pas une date certaine, pour une année à partir de l'expiration de l'année courante ;

Le même privilége a lieu pour les réparations locatives, et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail ;

Néanmoins les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, sont payées sur le prix de la récolte, et celles dues pour ustensiles, sur le prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire, dans l'un et l'autre cas ;

Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilége, pourvu qu'il ait fait la revendication ; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinzaine, s'il s'agit des meubles garnissant une maison ;

2. La créance sur le gage dont le créancier est saisi ;

3. Les frais faits pour la conservation de la chose ;

4. Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il ait acheté à terme ou sans terme ;

Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de

l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite.

Le privilége du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire ;

Il n'est rien innové aux Lois et usages du commerce sur la revendication ;

5. Les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge ;

6. Les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée ;

7. Les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement, et sur les intérêts qui en peuvent être dûs.

---

* 1 *Pigeau*, *Proc. civ.*, *p.* 682. } Les créances de ceux qui ont conservé les choses saisies, comme ceux qui ont fourni la nourriture des chevaux, lesquels ont privilege sur le prix ; les hôtes, *sur les biens et chevaux hôtelés*, suivant l'article 175 de la coutume ; les messagers et voituriers, sur les choses voiturées ; les ouvriers, sur leurs ouvrages.

---

* 8 *Pothier*, *Proc. Civ.*, *p.* 233. } Le second privilége est de celui qui a conservé l'héritage ; il est évident qu'il doit être préféré à tous les autres créanciers, même aux droits Seigneuriaux ; car, en conservant l'héritage, il a travaillé pour tous les créanciers, pour le Seigneur comme pour les autres ; *fecit ut res esset in bonis debitoris ;* il leur a conservé leur gage, ils doivent donc tous souffrir qu'il prélève avant eux ce qu'il a dépensé pour la conserva-

tion de l'éritage, ayant fait cette dépense pour la cause commune.

Il ne doit néanmoins être colloqué qu'après les frais de Justice, car il auroit été lui-même obligé de faire ces frais de Justice pour se faire payer de ce qu'il a dépensé pour la conservation de l'héritage.

---

* 19 *Duranton, Privilèges,* *n*° 40. } Les frais d'inventaire ne sont pas, il est vrai, des frais faits *in judicio*, sous l'autorité d'un juge, comme les frais de scellés, car l'inventaire est fait par un notaire; mais ils sont néanmoins compris au nombre des frais de justice; il sont faits, comme les frais de justice proprement dits, comme ceux de scellés notamment, dans l'intérêt de la masse des créanciers, et par conséquent ils sont privilégiés aussi comme eux. Cela est d'autant moins douteux, que l'inventaire est indispensable toutes les fois que, parmi les héritiers du débiteur décédé, il se trouve des mineurs ou des interdits. La Cour de cassation a été appelée à décider cette question, et elle a jugé, par son arrêt du 11 août 1824, que les frais d'inventaire étaient implicitement compris par la loi parmi les frais de justice auxquels le premier privilége est attribué par l'article 2101 du Code civil, et, notamment, que l'héritier bénéficiaire avait le droit de les prélever, comme frais de justice, par premier privilége.

---

29 *Laurent,* *n*° 324. } Le principe est donc que tous les frais faits pour la conservation, la liquidation, la distribution du gage commun des créanciers et dans leur intérêt commun sont privilégiés, qu'ils soient faits en justice ou hors justice. Par contre, ne sont pas privilégiés, quoique faits en justice, les frais que l'un des créanciers fait dans son seul intérêt. Tels sont les *dépens*, c'est-à-dire les frais qu'un particulier expose contre un autre particulier pour faire juger un différend qui existe entre eux. C'est la définition de Tarrible dans son *Traité des priviléges*, un des plus anciens et un

des meilleurs. Les dépens, dit-il, forment l'objet d'une créance particulière, que le jugement met à la charge de la partie qui succombe et qui ne jouit d'aucun privilége. Par exemple, les frais que l'un des créanciers fait pour acquérir un titre exécutoire, ou pour repousser les contestations dont sa demande est l'objet ; le but même de l'action prouve que les frais ne sont faits que dans l'intérêt particulier du créancier ; donc il ne peut être question du privilége des frais de justice. On prétend cependant que les dépens doivent être considérés comme l'accessoire de la créance, et sont, par conséquent, privilégiés, si la créance principale est privilégiée : ce ne serait pas le privilége des frais de justice, le premier en rang, ce serait le privilége attaché à la créance principale, ayant le rang que la loi accorde à celle-ci. La question est controversée ; nous y reviendrons.

---

* 15 *Pand. frs.*, p. 144-5. } *Du privilége pour les frais de conservation de la chose.*— La justice de ce privilége est évidente. Toutes les fois que l'on a eu soin de la chose d'autrui, et que l'on a fait quelque dépense pour sa conservation, elle est naturellement affectée au remboursement de ces dépenses, sans lesquelles elle aurait péri, ou vaudrait beaucoup moins.

Celui qui a fait ces dépenses ne peut pas même être tenu de restituer cette chose avant qu'il soit payé des frais qu'il a faits.

Il suit de là que ce privilège est une sorte de droit de gage qui appartient à celui qui a fait ces dépenses sur la chose pour laquelle il les a faites ; et du droit de gage résulte naturellement le privilége.

On doit mettre dans cette classe les salaires dus à un ouvrier qui a réparé la chose ; par exemple, si un horloger a raccommodé ma montre, il ne peut être contraint de la rendre qu'en lui payant ce qui lui est légitimement dû pour la réparation qu'il y a faite.

[ARTICLE 1997.]

M. Tyssandier dit que ce privilége doit céder à celui des frais de vente de la chose.

Nous ne sommes point de cet avis. Celui qui a fait les dépenses, ou l'ouvrier qui a travaillé, pouvant refuser de se dessaisir de la chase jusqu'à ce qu'il soit remboursé ou payé, il ne peut être contraint à la restituer pour être vendue, qu'autant que les créanciers lui donneraient sûreté de la faire monter à si haut prix qu'il fût entièrement payé de ce qui lui est dû.

1997. La dixme est privilégiée sur celles des récoltes qui y sont sujettes.	1997. Tithes carry with them a privilege upon such crops as are subject to them.

---

* *Jouy, Principes des dîmes, p.* 158-163, 171-2. } 1. A ne consulter que le sens que le mot *Dîme* présente naturellement, il paroît que la Dîme est la dixieme partie des fruits ; cependant elle ne se paye pas ordinairement sur ce pied : il y a des endroits où on ne la paye que sur le pied de la douze, treize ou quinzieme partie, ou sur un autre pied plus ou moins fort ; il faut suivre l'usage des lieux.

2. Dans quelques cantons les grosses Dîmes se payent à une quotité différente que les vertes Dîmes.

3. A l'égard des grosses Dîmes ou Dîme de droit, lesquelles sont de différentes especes, bled, seigle, orge, la possession où l'on seroit de payer l'une de ces especes à une moindre quotité que les autres, ne détruiroit point le droit du décimateur pour la prétendre à la quotité des autres, et notamment à celle du bled. Dans la paroisse de Resurlcille, dans le comté de Mortain en Normandie, le sarrazin ou bled noir sert à la nourriture des hommes ; la Dîme du bled s'y payoit à la onzieme partie ou onzieme boisseau : mais la Dîme du sarrazin ne s'y payoit aussi de toute ancienneté qu'au qua-

torzieme boisseau. En 1749 les Abbé et Religieux de la Luzerne, Ordre de Prémontré, décimateurs, voulurent obliger les habitans à payer la Dîme du sarrazin au onzieme boisseau, nonobstant cette possession de ne la payer qu'au quatorzieme. Ils dirent que la perception de tous les gros fruits dans une paroisse, devoit être nécessairement à une quotité uniforme. Les habitans se défendoient par leur possession relative au sarrazin. Arrêt du Grand Conseil du 12 Mars 1751, qui les condamne à payer cette Dîme au onzieme boisseau.

Le Grand Conseil avoit déjà jugé la même chose pour les Religieux de Savigny, Ordre de Cîteaux, décimateurs, contre les habitans de la paroisse du Tilleul, par arrêt du 18 Janvier 1737. Ils ne payoient la Dîme du sarrazin ou bled noir qu'à la vingt-unieme gerbe ; ils ont été condamnés par cet arrêt à la payer à la onzieme.

Autre espece dans la paroisse de Moustier le Port-Dieu, dans le Limosin, la principale récolte consiste en seigle et avoine. La Dîme s'en paye à la dixieme gerbe. On y semoit très-peu de froment, d'orge et de bled noir, et la Dîme ne s'en payoit point. En 1745 la paroisse du Port-Dieu a prétendu assujettir ces dernieres especes à la Dîme. Les habitans se sont défendus par la possession. Arrêt du Grand Conseil du 21 Mars 1749, qui condamne les habitans à payer la Dîme de tous les grains de quelque espece que ce puisse être, à raison de dix gerbes, mais sans prémice ni précompte, du plus le plus, du moins le moins.

4. Il y a des paroisses où les Nobles payent une Dîme moins forte que les roturiers ; d'autres où les biens roturiers payent plus, et les biens nobles moins, sans avoir égard à la qualité de ceux qui les possedent : ces usages sont contraires au droit romain, et doivent être réformés.

Il est certain en général que la Dîme doit se payer d'une maniere uniforme dans une paroisse : cependant ce principe est susceptible d'exception dans certains cas.

Une premiere exception est quand il y a un titre particu-

lier qui fixe la quotité de la Dîme dûe par le propriétaire ou possesseur auquel elle est demandée.

Une seconde exception est pour les différens cantons d'une même paroisse, la Dîme peut se payer à une certaine quotité dans un canton, et à une quotité plus ou moins forte dans un autre canton de la même paroisse ; mais pour admettre la différence de quotité dans les différens cantons, il faut que l'usage de ces cantons soit général, c'est-à-dire, que tous les propriétaires ou possesseurs d'un même canton payent la Dîme à une même quotité, ou du moins que le payement soit conforme pour la plus grande partie des propriétaires ou possesseurs. S'il n'y avoit pas une possession uniforme dans un canton, il faudroit consulter l'usage le plus général de la paroisse, et même si l'usage de la paroisse étoit incertain, il faudroit consulter celui des paroisses voisines. L'article 29 de l'Edit de Melun de 1580, en contient une disposition précise, *et où* (est-il dit dans cet article) *par ci-après sera mus aucuns procès pour raison de la quote desdites Dîmes, voulons iceux être jugés par nos Juges suivant les coutumes anciennes des lieux, et où ladite coutume seroit obscure et incertaine, sera suivie celle des lieux circonvoisins.*

Il résulte des dispositions de cet article que ce n'est pas la possession des particuliers qui doit faire la regle pour la quotité de la Dîme, que c'est la coutume générale des lieux ; si on admet la possession générale des possesseurs et propriétaires d'un canton, c'est parce que cette possession d'un corps de possesseurs et de propriétaires forme une coutume générale pour ce canton ; cette coutume étant ancienne, est regardée comme favorable et comme formant une loi qui détermine l'obligation générale de ce corps de propriétaires ou possesseurs.

L'usage d'un particulier ne peut opérer qu'une possession qui lui est personnelle, et non une coutume des lieux, qui seule peut faire la loi ; suivant l'article 29 de l'Edit de Melun, la coutume ne doit s'entendre que d'un usage général d'un lieu plus au moins étendu, et d'un usage qui a lieu vis-à-vis

de plusieurs personnes ; quand l'usage n'est relatif qu'à une ou deux personnes, il n'est qu'un usage particulier et non un usage général ou coutume des lieux.

C'est par cette raison que les arrêts ont jugé que l'usage d'un particulier de payer la Dîme à une quotité différente de celle qui a lieu dans la paroisse ou dans le canton doit être réformé, que sa possession ne peut déterminer son droit ou son obligation, qu'il doit se conformer à l'usage général. Un arrêt du 31 Décembre 1669, rendu au profit de Dom Chapuis, Sacristain de l'abbaye de St. Michel en l'Herme, a jugé que le Baron de Langon et 25 particuliers de la même paroisse devoient payer la Dîme à la quotité à laquelle le général des habitans payoit, quoiqu'ils eussent une possession de la payer à une quotité différente de celle d'usage dans la paroisse.

1. La Dîme doit se payer en especes ; cependant s'il y avoit quelqu'abonnement valable entre les décimateurs et les habitans d'une paroisse, il faudroit l'exécuter.

2. L'Ordonnance de 1561, confirme les transactions contenant abonnement pour les Dîmes.

3. Comme les Dîmes font partie du patrimoine de l'église, l'abonnement ne peut s'en faire qu'en observant les formalités prescrites pour l'aliénation des biens ecclésiastiques : une longue possession ne suffiroit pas pour prouver que l'abonnement a été fait en bonne forme ; il est vrai qu'on n'exige pas de rapporter le titre primordial de l'abonnement, il suffit de rapporter des actes anciens qui en fassent mention, et qui ayent été suivis de possession.

4. Pour la validité d'un abonnement il faut qu'il soit fait avec tous les habitans, ou du moins avec tous les propriétaires d'un canton ; s'il n'étoit fait qu'avec un particulier il seroit nul. Quand il y a un abonnement valable il en faut suivre les conventions.

5. La possession de payer une certaine somme d'argent fixe, pour et au lieu de la Dîme, même de tems immémorial, est insuffisante pour faire présumer en justice un abonne-

ment valable ; et nonobstant telle possession immémoriale, le décimateur et les tenanciers peuvent respectivement s'en tenir au payement de la Dîme en especes. C'est la jurisprudence constante des arrêts ; et ce point est certain de tous tems. Mornac sur le Tit. du digeste *Quem adhuc servil. amitt.* s'exprime ainsi : *Censuit senatus Parisiensis, in decimus frustrà possessores solvisse adærationes seu certum pretium earum Decimarum nomine, per tempus cujus origo memoriam excesserat ; solvendas enim nihilominùs in specie cùm sint delibationes de universitate fructuum factæ et sacerdotibus traditæ.*

6. Cela doit avoir lieu non-seulement dans les Dîmes ordinaires ou de droit, comme celles de froment, seigle, orge, avoine ; mais aussi dans celles de charnage et dans les vertes Dîmes ; parce que la Dîme sur telles choses étant une fois connue par l'espece et la quotité, rien ne peut empêcher qu'elle ne soit payée en especes.

---

* 2 *Durand de Maillane, Dict., v° Dixmes, p.* 187, 190. } La dixme, en général, est une portion de fruits qui est due à l'Eglise. La plûpart des Canonistes donnent des dixmes une définition plus particuliere, mais conséquente à leur façon de penser touchant l'origine et la nature de ce droit. Lancelot, en ses Instit. tit des décimes, dit : *Decima est quota bonorum mobiliorum portio ; Deo tam divina, quam humana constitutione debita.* Moneta, en son Traité des dixmes, *cap.* 2. n. 1. les définit ainsi : *Omnium bonorum licitè quæsitorum quota pars Deo ejusque ministris, divina institutione, humana vero constitutione, dictante etiam naturali ratione debita.*

Cette portion des fruits due à l'Eglise, est appellée du nom de dixme, non parce que c'est ou ce doit être toujours la dixieme portion des fruits, mais parce que ce droit a été introduit sous la nouvelle Loi, à l'imitation de la Loi ancienne qui l'avoit fixé en faveur des Lévites à la dixieme partie des fruits. *Exod.* 22. *Levit. ult. n.* 8. V. *Décime.*

Que la dixme soit de droit divin ou seulement positif, elle

est reçue en France d'une manière stable, et le paiement s'en fait aujourd'hui suivant les regles prescrites par les Ordonnances.

---

* 1 *Sallé, Dict. des Curés, p.* 55-56. } Par une suite du principe général, que ce sont les fruits (et non la terre) qui doivent la dixme, le local de la culture ne peut donner sur cela aucune exemption. C'est pourquoi, que les fruits décimales soient cultivés en pleine campagne, ou dans un enclos, peu importe : dans l'un et dans l'autre cas, la dixme est également exigible. La Jurisprudence a néanmoins long temps varié sur ce point ; mais elle est aujourd'hui entierement fixée.

De Droit commun, la dixme est dûe aux Curés d'après ces paroles de l'Apôtre : *Ita Dominus ordinavit iis qui Evangelium annuntiant, de Evangelio vivere.* De-là, l'axiome que les Curés n'ont besoin d'autre titre, pour la percevoir, que de leur clocher ; au-lieu que les autres Bénéficiers ou Communautés, qui en jouissent, ont besoin pour cela d'un titre particulier, ou du moins d'une possession légale assez longue, pour en tenir lieu, parce qu'ils sont, à cet égard, dans l'exception au Droit commun.

---

* 2 *Prevost de la Janès, Principes Jur. franç., n*° 636 *et s., p,* 373 *à* 376. } 636 Toutes les choses qui sont inaliénables par leur nature, ou par la disposition de loix, sont aussi imprescriptibles, puisque la prescription renferme une aliénation ; telles sont les choses publiques, comme les grands chemins, les rivieres navigables, les remparts et fossés des Villes, et les biens qui sont du Domaine de la Couronne.

Il semble qu'il en faudroit dire de même des Biens Ecclésiastiques, mais cela n'est vrai que de ceux que nous regardons comme tels par leur nature : telles sont par exemple les dixmes Ecclésiastiques, qui se payant en vertu d'une obligation imposée par Jesus-Christ aux Fideles, de fournir

ce qui est nécessaire pour la subsistance des Ministres des Autels, et en reconnoissance du souverain domaine de Dieu, sur tous les biens dont il a donné si libéralement l'usage à ses Créatures, deviennent un devoir contre lequel on ne peut jamais prescrire.

637. De-là il suit que la dixme ne peut pas même être prescrite pour partie ; ainsi lorsqu'il paroît par des titres que la dixme est dûe à une certaine quotité, le payement fait pendant quelque nombre d'années que ce soit, à une moindre quotité, n'acquiert point de prescription : ce n'est que lorsqu'il n'y a point de titres qui regle la quotité, que la possession et la prescription qui en résulte, est considérée ; et c'est en ce sens que l'on dit communément, que l'usage et la possession doivent servir de regle pour la maniere de percevoir la dixme ; cette distinction est autorisée par les Arrêts de la Cour.

Par la même raison, l'espece de la dixme ne sauroit être changée, par une prescription qui seroit contraires aux titres ; car alors la dixme seroit entierement éteinte, puisqu'étant une certaine partie des fruits, elle consiste dans l'espece même.

Mais si la possession, quoique contraire aux titres originaires, étoit fortifiée par d'autres titres qui fissent juger qu'il y eût eu quelque composition, ou transaction, alors le concours des titres et de l'usage, l'emporteroit sur les titres contraires qui établissent l'espece, et ce qui ne seroit pas valable par le seul abonnement, ou par le seul laps de tems est hors de toute, quand il est assisté du concours des deux.

Ce n'est que par cette distinction qu'on peut concilier les Arrêts qui parraissent opposés, et en former une Jurisprudence certaine.

Mgr Desautels, Manuel des Curés, ch. 12, *p.* 87-95. } 1. " Les dixmes sont une certaine portion des fruits que " nous recueillons, qui est dûe à Dieu en reconnaissance du

" suprême domaine qu'il a sur toutes choses, et que l'on paie " à ses ministres pour aider à leur subsistance." (Ferrière, Dict. de Droit, v° Dixmes.)

2. " Un Curé, pour lever les dixmes, n'a besoin d'autre " titre que de son clocher." (*Ibid.*, et Arrêt du 26 avril 1653.) " Le Curé n'a besoin que de prouver que l'héritage où il " demande dixme est dans les limites de sa paroisse, et que " celui à qui il demande dixme, est demeurant en sa pa- " roisse." (Code des Curés.)

3. Les dîmes, en Canada, sont *réelles.* " Les réelles sont " celles qui se perçoivent sur les fruits de la terre et sont " dûes au Curé du lieu où sont situés les héritages : telles " sont les dixmes qui se lèvent sur les bleds, etc." (Ferrière, v° Dixmes.)

4. Les dîmes, tant anciennes que novales, sont dûes en Canada. (Jugement de la Cour de Montréal, 30 novembre 1809.)

5. Comme il n'y a pas aujourd'hui de doute que les lois françaises sont en vigueur dans tout le Bas-Canada, nous n'hésitons pas à dire que, nonobstant le Jugement rendu à St. Hyacinthe, en 1854, (Law Reporter, page 104), la dîme est prélevable dans toute l'étendue du Bas-Canada. (Statuts Ref. du B.-C., chap. 35.)

6. Tout catholique romain est tenu de payer la dîme. " L'on ne peut posséder des terres exemptes de dixmes, la " dixme étant comme un cens privilégié qui est dû à Dieu " en reconnaissance du domaine universel qu'il a sur toutes " choses." (Arrêt du 11 février 1641.)

7. En Canada, le Curé ne perçoit la dîme que des grains seulement à raison du vingt-sixième minot, d'après le règlement du 4 septembre 1667, confirmé par l'Edit du Roi de France, donné à St. Germain-en-Laye, au mois de mai 1679, et par l'Arrêt du Conseil Supérieur de Québec de 1705 ; mais les habitants sont tenus, en vertu du même Règlement ainsi confirmé, de l'engranger, battre, vanner et porter au presbytère.

8. Le propriétaire et le fermier paient la dîme à proportion de ce que chacun retire. (Règlem. du Cons. Sup., 20 mars 1668). Mais nous sommes d'opinion que le Curé peut exiger toute la dîme du propriétaire, si celui-ci ne lui a donné les renseignements qui constatent que la terre sur laquelle a été faite la récolte, est cultivée, non par un simple employé à gages, mais par un véritable fermier. L'exemption en faveur du propriétaire ne se présume pas.

9. Le Curé ne peut exiger aucunes dîmes sur les terres ou possessions occupées par un protestant. (31 Geo. III, c. 31, sec. 35, 1791.)

10. Nous pensons que le propriétaire catholique, qui a un fermier protestant, ne paie la dîme que sur sa part de récolte, et le fermier catholique qui cultive la terre d'un protestant, n'a pareillement à payer de dîme que sur sa part de la récolte. (Règlem. de 1668, et Acte de 1791). Nous pensons aussi qu'il en est de même du catholique qui prend à loyer la terre d'un protestant, et d'un protestant qui prend à loyer la terre d'un catholique.

11. Les *grains* qui se cultivent en plein champ sont les seuls dont on paie la dîme en Canada ; ce sont le blé froment, le blé sarrazin, le blé d'Inde, le seigle, l'orge, l'avoine, les pois, les vesces, etc., en général tout ce qui tombe sous le nom de *grain*.

12. L'année ecclésiastique, sous le rapport de la dîme, se compte de la St. Michel d'une année à la St. Michel de l'année suivante. (Cour de Sorel, mai 1859 ; L.-C. Jurist, vol. 4, p. 10.)

13. La dîme devient dûe et payable à Pâques, chaque année. (*Ibid.*)

14. La dîme doit se partager au *pro rata* du temps de la desserte de chaque Curé, et la succession des Curés est assujettie au même partage. (*Ibid.*)

15. " La dîme se paie sans déduction des frais de semence, " labour et récolte." (Héricourt, D. III, 30, et H. I, 15.)

16. Le fonds du droit à la dîme et la quotité d'icelle sont imprescriptibles, mais la prescription acquisitive a lieu par quarante ans entre Curés voisins. (Ordonnance et Règlement déjà cités ; Guyot, v° Dîmes ; Héricourt, D. II, 26, et H. I. 6.)

17. Les dîmes en Canada ne sont pas sujettes à la prescription *annale*, mais le Curé peut en exiger vingt-neuf années d'arrérages. " Les arrérages des rentes dûes à l'Eglise......et " autres semblables créances qui concernent plutôt l'utilité " personnelle du Bénéficier que l'Eglise même, sont sujets à " la prescription de trente ans." (Pothier, Oblig., n° 686.)

Nous n'hésitons pas à dire que la prescription *annale*, par rapport à la dîme, qui parait avoir été introduite en France, n'est nullement applicable à *l'espèce* de dîme perçue en Canada. En France, la dîme étant *quérable*, c'est-à-dire le Curé devant aller la prendre sur le champ, après qu'elle a été mise en gerbes par le paroissien, il est évident que cette courte prescription (annale), n'a eu sa raison d'être que dans cette *espèce* de dîme qui était la dîme généralement perçue en France. Cette courte prescription, disons-nous, avait pour cause et raison, en France, l'obligation onéreuse à laquelle était assujetti le détenteur d'héritage, de laisser sa récolte sur le champ, sans pouvoir l'enlever ou l'emporter, à moins qu'il n'y eût laissé pour le Curé telle partie qui était pour la dîme. Avec cet état de choses, il fallait nécessairement que chaque partie exerçât son droit sous un court délai, autrement, la loi aurait été vexatoire, et l'exécution en aurait été même impossible : de là la prescription *annale*.

Ce qui prouve encore que cette prescription *annale* n'est née en France que de *l'espèce* de dîme qui y était payable, c'est qu'elle ne courait point contre les dîmes *abonnées*, c'est-à-dire, qui devaient être payées, non en nature, mais en argent. (Dunod, Traité des Dîmes, p. 42.)

En outre, l'on ne peut pas limiter ainsi, en Canada, les droits du Curé à la dîme qu'il perçoit en vertu de règlements particuliers, (*Vide suprà*, n° 7), qui font voir toute la différence qu'il y a entre *l'espèce* de dîme qui se payait en France

et celle qui se paie en Canada, à moins qu'on ne cite une *loi positive* établissant cette limitation. Or, nous ne trouvons pas même en France cette loi positive qui établit la prescription *annale ;* laquelle ne s'est introduite en France, comme nous l'avons déjà dit, que par une nécessité qui découlait de *l'espèce* de dîme à laquelle étaient assujettis les détenteurs d'héritages.

Que citent les partisans de la prescription *annale ?* Des Arrêts isolés. Or, ces Arrêts isolés ne prouvent rien contre ce que nous avons dit, puisqu'ils n'ont été basés, comme la prescription *annale* elle-même, que sur *l'espèce* de dîme payable en France : *dîme quérable ;* et qu'ils n'ont été rendus dans ce sens, que parce que autrement l'exécution de la loi aurait été impossible.

En Canada, la dîme est *portable ;* il n'y a donc aucune raison d'invoquer la prescription *annale* pour se libérer de l'obligation de payer les arrérages des dîmes, puisque nous n'avons, en Canada, aucune des raisons que l'on avait en France, de faire exception pour la dîme au *droit commun* de la prescription pour de semblables créances. (Pothier, Oblig., n° 686.)

Il y avait des paroisses en France où la dîme, contrairement au droit commun, *devait être portée dans la grange du Curé*, (Guyot, v° Dixmes, 4e partie), et Dunod (Traité des Dîmes, p. 43), déclare qu'il n'y a pas lieu d'invoquer la prescription dans les lieux où la dîme est *portable.*

Voici ce que dit Dunod de la *dîme abonnée* et de la *dîme portable :* " Lorsque les dixmes," dit-il, (p. 42), " sont *abon-* " *nées*, elles deviennent une charge réelle et semblable au " cens. En ce cas, elles peuvent être demandées au nouvel " acquéreur, pour le temps qui a précédé son acquisition ; " et comme elles sont dûes par action personnelle, on peut " les exiger de vingt-neuf ans, suivant le droit commun." Il ajoute, p. 43 : " L'on dit communément dans le royaume que " les dîmes n'arréragent pas, c'est-à-dire, que *quand elles ne*

" *sont ni abonnées ni portables* par la coutume locale, après " l'année dans laquelle le décimateur a pu les percevoir, s'il " a négligé de le faire, elles sont censées payées."

Ce que dit Gohard (Traité des Bénéfices, p. 274), justifie pleinement nos avancés sur les *dîmes abonnées et les portables*, en appuyant la citation que nous avons prise dans Dunod. " Par l'abonnement ", dit cet auteur, " elles (les dîmes abon- " nées), sont changées dans une espèce de rente foncière, " dont on peut demander jusqu'à vingt-neuf années, et il y a " une action personnelle qui ne dure pas moins que tout ce " ce temps-là, dit l'auteur des notes sur Henrys, Quest. 36." Il avait dit à la page 245 : " Il y a encore des lieux où la " manière de percevoir la dîme varie, et où elle est, comme " on dit, *quérable*... A l'égard de celle-ci, il n'y a point pour " les paroissiens d'obligation de conscience d'y satisfaire, " jusqu'à ce qu'on l'exige. Il en est de même de tous les " droits qu'on appelle *quérables*, tels que sont tous les sei- " gneuriaux, etc. Ils (nos canonistes et nos jurisconsultes) " mettent une grande différence entre ces droits et ceux qu'on " nomme *portables*, tels que sont les rentes, le prix d'un bail " à loyer et autres qui viennent d'un contrat, et autres sem- " blables titres sur lesquels est fondée la justice commutative " ou le droit étroit, *jus strictum*, qu'on doit payer à ceux " mêmes qui n'en ont point connaissance."

Nous pouvons, en outre, citer à l'appui de l'opinion que nous venons de donner, 1° l'Ordonnance rendue en faveur de M. Resche, Curé de St. Antoine de Tilly, du 21 août 1727, qui condamne les paroissiens à payer la dîme *tant pour l'année présente que pour ce qui en pourrait être dû du passé;* 2° le Jugement de la Cour du Banc du Roi de Montréal en 1833, dans lequel il est dit *que l'action pour dîmes, dans le Bas-Canada, n'est pas sujette à la prescription annale, et que les arrérages en peuvent être revendiqués ;* 3° le jugement de la Cour de Circuit de Terrebonne du 14 décembre 1849, qui rejette aussi la prescription *annale.*

Nous n'ignorons pas qu'il a été rendu deux jugements à

Montréal, l'un le 5 février 1844, et l'autre en 1852, en faveur de la prescription *annale.*

Nous savons aussi qu'il a été allégué que la dîme étant pour la subsistance du Curé, s'il avait pu vivre un an sans les arrérages de dîme qu'il veut réclamer, il n'y a plus de motif ou de raison de forcer son paroissien de les lui payer. Le lecteur conviendra qu'il faut être à bout d'arguments pour apporter de telles raisons à l'appui de sa thèse.

18. " Les Curés auront soin d'annoncer plusieurs fois en " leur prône que Monseigneur a défendu de recevoir à la " communion pascale ceux qui n'auront pas payé les dîmes, " étant non seulement coupables de retenir le bien d'autrui, " mais un bien sacré et ecclésiastique." (Statuts Syn. de 1690, art. 11 ; voir encore Ordonn. Extra syn. de 1691 et Ord. Syn. de mars 1694.)

19. " Nous renouvelons la défense que nous avons faite " plusieurs fois de recevoir à la communion pascale ceux " qui n'ont pas payé leurs dîmes, comme coupables de sacri- " lége, pour avoir retenu un bien sacré et ecclésiastique." (Statuts du Synode de 1698, art. 8.)

Langevin, Manuel des paroisses et fabriques, v° Dîmes, p. 67-69. } Les dîmes ont été introduites en Canada en Avril 1663, par l'approbation donnée par le Roi de France à l'établissement du Séminaire de Québec. Elles sont reconnues prélevables partout.

Par l'Edit du mois de Mai 1679, la dîme est fixée au 26e, suivant les règlements du 4 Septembre 1667 ; et l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 Juillet 1707, fixe définitivement la dîme à la 26e partie des grains seulement, récoltés, battus, vannés et portés au presbytère du Curé.

Par les capitulations et le traité de cession du Canada par la France à l'Angleterre, le libre exercice de la religion catholique est garanti aux habitants du Canada.

Dans l'Acte impérial, 14 George 3, chapitre 83, passé en

1774, il est dit que le clergé catholique " peut tenir, recevoir et jouir de ses dus et droits accoutumés " eu égard seulement aux personnes qui professent le catholicisme. La 35e clause de l'Acte impérial, 31 George 3, chapitre 31, passé en 1791, confirme ce qui précède.

La dîme est prélevable dans toute l'étendue du Bas-Canada, en vertu de ce qui précède, et de l'Acte du Bas-Canada, 9 George 4, chapitre 77, tel qu'expliqué par la première clause de l'Acte 20 Victoria, chapitre 45, formant la première clause du chapitre 35 des Statuts Refondus du Bas-Canada.

Les motifs ou raisons de la dîme sont donnés comme suit par les auteurs ou dans les édits ou arrêts :

1. " L'on ne peut posséder de terres exemptes de dixmes, la dixme étant comme un cens privilégié qui est dû à Dieu en reconnaissance du domaine universel qu'il a sur toutes choses." (Arrêt du 11 février 1641.)

2. " De droit commun, les dixmes appartiennent aux Curés fondés sur leur clocher, la célébration du service divin et l'administration des sacrements." (Arrêt du 26 avril 1653.)

3. " La dixme étant une chose sacrée ne se peut prescrire, et personne ne s'en peut exempter, quelque longtemps qu'il soit sans la payer ; le clocher sert de titre." (Ch. illud. 8 de præscript. aux décrétales.)

4. " Les dixmes ont été introduites en reconnaissance du domaine universel que Dieu a sur toutes choses, pour la nourriture des Prêtres de l'église, etc." (Code des Curés.)

5. " Le Curé n'a besoin de prouver que l'héritage où il demande dixme est dans les limites de sa paroisse, et que celui à qui il demande dixme est demeurant en sa paroisse." (Code des Curés.)

6. " Les dixmes sont données à Dieu pour les ministres de l'autel et le soulagement des pauvres." (Code des Curés.)

7. " Les dixmes sont une certaine portion de fruits que nous recueillons, ou des revenus et profits que nous faisons par notre industrie, qui est due à Dieu en reconnaissance du suprême domaine qu'il a sur toutes choses et que l'on paie à

ses ministres pour aider à leur subsistance. Un Curé pour lever les dixmes n'a besoin d'autre titre que son clocher." (Ferrière.)

Les grains qui se cultivent en plein champ sont les seuls dont on paie la dîme. Ce sont le blé froment, le blé sarrazin, le blé d'Inde, le seigle, l'orge et l'avoine. On paie aussi la dîme des pois.

La dîme doit se partager au *pro rata* du temps de la desserte de chaque Curé, et la succession des Curés est assujétie au même partage. (Voir la cause de Filiatrault *vs.* Archambault, dans le volume 4 du L. C. Jurist, page 10.)

L'année ecclésiastique, sous le rapport de la dîme, se compte de la St. Michel d'une année à la St. Michel de l'année suivante. (Voir aussi la cause de Filiatrault *vs.* Archambault.)

La dîme devient due et payable à Pâques chaque année. (Voir Filiatrault *vs.* Archambault.)

Les dîmes en Canada ne sont pas sujettes à la prescription annale. (Voir la cause de Blanchet *vs.* Martin dans le 3e vol. de la Revue de Législation et de Jurisprudence.)

L'apostasie d'un catholique, ou avis donné par lui au Curé de sa paroisse qu'il se retire de l'église catholique-romaine, le décharge de payer les dîmes qui deviendraient dues sans cela, pourvu qu'il se retire en effet de l'église. Il n'est pas nécessaire que cette notification soit faite par acte notarié. (Voir la cause de Gravelle *vs.* Bruneau, dans le 5e volume du L. C. Jurist.)

Le Curé peut faire bail de ses dîmes à quelques particuliers, habitants de sa paroisse.

Les dîmes d'une partie d'une paroisse qui en est démembrée appartiennent, du jour du démembrement, au Curé qui dessert cette partie de paroisse.

Les *oblations* mentionnées dans les décrets érigeant les paroisses, dans les lettres de Curés, etc., s'entendent des offrandes faites par les fidèles pour l'usage de l'église ou de ses ministres, tant à l'autel pendant la messe, qu'à l'occasion

d'autres fonctions sacrées, comme la bénédiction nuptiale, les absoutes, les sépultures, etc.

Ces oblations prennent quelquefois le nom de *supplément*, et sont imposées de droit canonique par l'Evêque aux fidèles d'une paroisse pour suppléer à l'insuffisance du revenu du Curé. Les pauvres en sont naturellement exempts.

Baudry, Code des Curés, p. 98-102. } 58. " La dîme est due au curé " de chaque paroisse légalement " reconnue, sur les grains recueillis dans l'étendue de cette " paroisse par tout propriétaire ou fermier professant la reli- " gion catholique."

L'acte de 1774 en reconnaissant au clergé catholique du Canada, le droit de percevoir la dîme, a limité cette obligation aux personnes professant la religion catholique romaine. Par la section sixième de ce même acte, le souverain avait le pouvoir d'appliquer à l'entretien d'un clergé protestant le surplus des droits et revenus du clergé, c'est-à-dire les dîmes qui auraient été payées par les personnes professant la religion anglicane, suivant les lois d'Angleterre, ainsi qu'expliqué dans la section XXXV de l'acte de 1791. Il a été jugé que celui qui a appartenu à la religion catholique ne peut s'exempter du paiement de la dîme en alléguant seulement, qu'il ne professe plus la religion catholique ; il lui faut produire une déclaration d'apostasie formelle, ou prouver qu'il fait partie d'une congrégation protestante qui le reconnait comme un de ses membres.

Il n'est pas nécessaire que le propriétaire réside dans la paroisse. La dîme est due par la terre et se paie par celui qui en retire les fruits.

La dîme est également due et peut être exigée par les missionnaires dans les lieux qui n'ont pas encore été érigés en paroisses, c'est ce qui résulte de l'ordonnance du 23 août 1667 reproduite plus haut, et de l'usage constamment suivi.

59. "La dîme n'est pas due néanmoins sur des fruits récol-

" tés sur les terres nouvellement défrichées, pendant les " cinq premières années."

On a vu plus haut une disposition formelle à ce sujet. Les raisons qui existaient en 1667, pour établir cette exemption existent encore aujourd'hui, et il suffit pour en déduire la justice, de considérer les travaux et les misères qu'entraîne le défrichement des terres dans ce pays. Un jugement rendu à Montréal, le 30 nov. 1809 (Messire Robitaille vs. Lamarre), de même qu'un autre rendu aux Trois-Rivières, le 16 juin 1867, ont décidé le contraire il est vrai, mais sur le motif qu'il n'existait pas de loi en faveur des paroissiens. Ce motif est évidemment erroné ainsi qu'on peut s'en convaincre par le texte du réglement du 23 août 1667, reproduit plus haut.

On ne doit pas cependant interpréter cet article comme n'accordant la dîme que sur chaque partie d'une terre cultivée depuis cinq ans ; mais l'exemption ne doit avoir lieu que pendant les cinq premières années à compter du commencement de l'exploitation de la terre.

60. " La dîme se paie de vingt-six portions une, du bled, " du sarrazin, du maïs, du seigle, de l'orge, de l'avoine, et " des pois cultivés en plein champ."

Ce sont les seuls grains dont les tribunaux aient jusqu'ici ordonné de payer la dîme.

61. " La dîme est due à Pâques de l'année qui suit la " récolte."

Ainsi jugé par la Cour Supérieure, à Montréal, dans une cause de Messire Filiatrault vs. Archambault, et ce n'est que de cette date que la prescription peut courir.

62. " La dîme se divise au *prorata* du temps de la desserte, " lorsque la paroisse a été pendant l'année, desservie par " plus d'un curé."

Ainsi jugée dans la cause mentionnée sous l'article 61.

63. " Le locateur et le fermier doivent la dîme, chacun " pour sa part de la récolte."

Cet article est conforme au réglement fait par le conseil supérieur le 20 de mars 1668, et conséquemment le curé doit

s'adresser à chacun d'eux pour recouvrer de lui ce qui est dû, à moins qu'il n'y ait eu fraude ou collusion pour frustrer le curé.

Dans le cas où le propriétaire loue sa terre pour un prix fixe en argent, le curé peut exiger toute la dîme du fermier, sauf à ce dernier à se faire indemniser par le locateur, au cas où il n'y aurait pas de convention imposant cette obligation au locataire ; et dans la cour de Circuit d'Iberville il vient d'être jugé que le locateur est tenu de payer la dîme lors même que le locataire ou fermier est protestant.

64. " L'usufruitier est seul chargé de payer la dîme."

(Code Civil 471.)

La dîme étant une charge des fruits, il est évident que celui qui les recueille doit acquitter cette charge.

65. " La part des récoltes formant la dîme doit-être en-
" grangée, battue, vannée et portée au presbytère, par le
" contribuable et à ses frais et dépens."

(Règlement du 23 août 1667.—Code Civil 2219.)

C'est en conséquence de la réduction de la quotité de la dîme que le législateur a imposé au débiteur l'obligation de la recueillir et rendre en grains, nette et sans frais pour le curé.

66. " La demande pour dîme est prescrite par le lapse d'un
" an à compter de son échéance. Mais le droit à la dîme ne se prescrit pas, non plus que la quotité."

(Code Civil 2219.)

Le code civil a mis fin à une question qui a été jugée tantôt dans un sens et tantôt dans un autre, en prononçant la prescription d'un an pour les arrérages de la dîme.

D'un autre côté, il déclare que le fonds du droit à la dîme ne peut se prescrire, pas plus que la quotité de la dîme. Ainsi, une terre qui aurait été possédée par un protestant pendant trente ans et plus, en revenant en la possession d'un catholique redevient sujette à la dîme. Il en est de même des con-

ventions qui pourraient intervenir entre un curé et quelqu'un de ses parosssiens. Ces conventions, soit qu'elles exonèrent de la dîme ou qu'elles en changent la quotité ou le mode de paiement, peuvent bien lier ce curé mais non ses successeurs, qui ont droit d'invoquer la loi et en réclamer l'accomplissement.

On lit dans l'article 2219, que " la prescription acquisitive " a lieu par quarante ans entre curés voisins." Cette disposition ne peut guère s'appliquer qu'à la perception de la dîme. Elle pouvait avoir sa raison d'être en France où, comme nous l'avons déjà dit, on pouvait difficilement trouver le titre des paroisses, ce qui n'est pas le cas ici. Si, cependant, il se rencontrait quelque paroisse dont les limites fussent incertaines, la prescription de quarante ans règlerait le droit des curés pour tout ce qui a précédé le code. On doit remarquer ici qu'il y a variante entre les deux textes du code, le texte anglais porte *trente ans*, sans indiquer que ce soit nouveau droit. Cette correction qui est passée inaperçue fut faite sous l'impression que la résolution 71e dans la cédule annexée au statut de la 29 Vict. ch. 41, relative au code civil, devait s'appliquer à l'article 2219. Il est bon de dire que les commissaires avaient conservé dans cet article la règle de l'ancien droit qui requérait quarante ans pour la prescription sur cette matière ; ils n'ont proposé aucun changement sur ce sujet, et la législature n'a pu conséquemment être censée avoir voulu changer cet article qui devait subsister nonobstant, et avoir effet, pendant que la résolution 71e devenue l'article 2245, devait s'appliquer à toutes autres matières pour lesquelles la prescription centenaire ou immémoriale devait auparavant avoir effet. C'est donc au texte français qu'on devrait s'arrêter conformément à la règle contenue dans l'article 2615 du code civil.

67. " La dîme est privilégiée sur les récoltes qui y sont " sujettes."

Tel est le texte de l'article 1997 du code civil. Ce privilége néanmoins ne vient qu'après les frais de justice, et seulement sur les fruits et grains récoltés. Il n'a pas d'effet sur le

fonds même des immeubles, car, comme nous l'avons observé plus haut, ce n'est qu'une charge des fruits. Mais le décret ne décharge pas l'immeuble du droit à la dîme qui est considéré comme une servitude légale, de même que les taxes municipales et scolaires.

Pagnuelo, Liberté Religieuse en Canada, p. 357-361. } Dans l'Edit de fondation du séminaire de Québec confirmé par le Roi, dans l'Ordonnance du 23 août 1667 sur les dîmes, rendue par de Tracy, Courcelle et Talon, à la demande de l'Evêque de Pétrée, et dans l'Ordonnance du 7 octobre 1678, par l'intendant Duchesneau, le gouverneur de Frontenac et l'Evêque de Québec, il est déclaré que la dîme est établie pour la *subsistance et entretenement des curés et missionnaires* (1667), et qu'elle *se lèvera au profit des ecclésiastiques qui desserviront les cures* (1667) *et des ecclésiastiques missionnaires qui percevront les dîmes en administrant les sacrements aux habitants des dits lieux unis pour composer des paroisses* (1678) *dans toutes les paroisses et lieux du dit pays* (1663). Telle fut la loi du pays jusqu'à la conquête.

L'Acte de Québec (1774) qui est la seule loi que nous trouvions sur le sujet, sous la domination anglaise, a maintenu *le clergé dans tous ses droits et dus accoutumés*, et a rétabli toutes les lois civiles des français, de sorte qu'il est difficile de comprendre comment la dîme ne pourrait pas être prélevée dans les missions et les paroisses canoniques. Aussi le *Code des Curés* est-il forcé d'admettre que tel a toujours été l'usage, et que ce droit résulte de l'ordonnance du 23 août 1667 (page 99.)

Nous citons avec plaisir le sentiment de Sir L. H. Lafontaine, qui fut juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, celui de l'Hon. J. Duval, juge en chef actuel de la même Cour, et de l'Hon. A. N. Morin, juge de la Cour Supérieure et l'un des codificateurs (1).

(1) A ce sujet, nous remarquerons que la paroisses de St-Jean-Baptiste de Rouville, dont il s'agissait dans le procès Nau, n'avait jamais été éri-

" Avant de procéder plus loin à la recherche de ces autorités, il est bon de rappeler ici qu'antérieurement à l'Edit du 3 mars 1722 (tome 1, p. 403) (1), aucune paroisse ne fut érigée civilement dans la colonie. Cependant on verra que différents territoires établis dès avant cette époque par les évêques, n'en étaient pas moins regardés comme paroisses, et que les prêtres qui les desservaient, n'importe sous quel nom et à quel titre, n'en étaient pas moins reconnus comme les curés de ces paroisses, tant par les autorités civiles que par les autorités ecclésiastiques. C'est sous ce titre de " curés ", que les lois du pays leur ont imposé diverses obligations ; c'est également sous ce titre que les droits qu'elles leur accordent leur ont été conférés. Ainsi, du moment qu'un prêtre était nommé à la desserte d'un bénéfice vacant, il en devenait seul le légitime curé aux yeux de la loi, et en cette qualité il devait d'un côté remplir ses obligations, et de l'autre exercer ses droits (2).

" Combien de nouvelles paroisses ont été démembrées, depuis 1679, des anciennes alors existantes et dont l'Edit fait mention ; et combien même y en a-t-il aujourd'hui qui ne sont encore que des démembrements de ces nouvelles paroisses ainsi formées des anciens territoires ? Tous les jours on voit les autorités, à la demande des intéressés, procéder en vertu de cette loi, à l'érection de nouvelles paroisses, d'après les formalités prescrites par l'ordonnance du Conseil

gée même canoniquement, à l'époque dont il s'agit ; du moins n'en trouve-t-on aucune trace. Mais tout le monde croyait qu'elle l'avait été ; l'on voit dans la lettre de provision du curé Nau, qu'il est nommé curé desservant de la *paroisse* de St-Jean-Baptiste. Elle ne fut érigée canoniquement qu'en 1846, et civilement en 1859. (Rapport du ministre d'agriculture, Ottawa, 1869.) C'était ce qu'on appelait à cette époque un lieu *réputé de fait paroisse.*

(1) Première édition des Edits et Ord.

(2) Notes sur l'inamovibilité des curés, par L. H. Lafontaine, Avocat, 1837, p. 11.

Législatif, de la 31e Geo. III, c. 6 (1). Et les prêtres comme curés de ces paroisses, *quoique non érigées civilement*, n'ont pas laissé que d'en percevoir les dîmes de plein droit, suivant les dispositions de cet Edit de 1679. Dans ce 5e article, le prêtre qui doit desservir la nouvelle église est désigné et en est reconnu comme "curé" de la même manière que celui de l'ancienne. C'est à ce titre que les dîmes lui sont accordées au préjudice de son prédécesseur ; et c'est sous ce titre qu'il en doit poursuivre le recouvrement. Les nouvelles paroisses sont également paroisses comme les anciennes dont elles ont été démembrées. Les curés des unes et des autres doivent être sur le même pied, soumis aux mêmes obligations et jouissant des mêmes droits. Les ecclésiastiques que la loi déclare *inamovibles* sont les "curés" des territoires qu'elle appelle "paroisses". Or à ses yeux, on a vu que les démembrements des anciennes étaient également "paroisses." (2).............

....

"La seconde autorité est tirée d'un arrêt du 9 mars 1717, rendu au sujet des prêtres du Canada qui n'étaient plus en état de servir (tom. 1, p. 352 et suivantes). Par cet arrêt le roi accorda à l'évêque la distribution de deux mille francs par lui payés chaque année pour l'entretien de ces ecclésiastiques. Dans cet arrêt (p. 352), ils sont appelés prêtres ou missionnaires des cures de "la colonie du Canada." Il paraît que cet arrêt fut rendu en conséquence de contestations élevées entre l'évêque et le supérieur du séminaire de Québec, qui tous deux soumirent au roi des mémoires à ce sujet, ainsi que les prêtres hors d'état de servir. Cet arrêt démontre que sous quelque titre que ce fût que les prêtres desservissent les paroisses ou les autres lieux où ils étaient envoyés, que ce fût comme missionnaires ou autrement, ils n'en étaient pas moins, aux yeux de la loi et de l'autorité civile, "curés" de

(1) Cette ordonnance ne prescrit aucune formalité, à l'égard de l'érection des paroisses ; elle renvoie seulement aux lois antérieures à la conquête.

(2) Id., p. 23.

ces mêmes paroisses et autres lieux. C'est à ce titre que la loi leur donnait la propriété des dîmes et les rendait inamovibles et perpétuels. La loi seule était leur titre à ces droits (?) du moment qu'ils étaient nommés au cures. *Il n'est pas requis qu'un territoire attribué à une église soit érigé en paroisse quant à tous les effets civils, pour que la desserte en soit un bénéfice-cure, donnant au titulaire l'état et les droits attachés au titre de curé.* (Code des curés par Sallé, vol. 4, p. 456, n. 92, 93.)

" Il est essentiel de se rappeler que la première érection civile des paroisses date de 1722. Cependant il a été démontré et il le sera encore par la suite que, dès avant cette époque, différents territoires et des démembrements d'iceux y avaient été successivement érigés en paroisses ; que ces paroisses avaient été reconnues comme telles par les autorités tant civiles qu'ecclésiastiques, et que les prêtres qui les desservaient, en l'absence néanmoins de cette érection civile, n'en étaient pas moins regardés comme " curés " de ces paroisses, conformément au droit commun ecclésiastique, et que c'était à ce titre que divers droits leur furent octroyés, et notamment ceux de la dîme et de l'inamovibilité.

" Des considérations indépendantes, il est vrai, de l'existence de ces deux droits, mais non moins importantes, faisaient sentir la nécessité de procéder à cette érection civile. Aussi voit-on que le 20 septembre 1721 un règlement fut fait d'après les ordres du Roi, par M. de Vaudreuil, Gouverneur, M. Begon, Intendant, et l'Evêque de Québec, pour établir " le district et l'étendue des paroisses du pays " (tom. I, p. 403). A la fin de ce règlement (p. 429), se lit le passage suivant :

" Ce Règlement pour le tems prescrit, et en attendant que " cette Colonie soit assez établie pour y ériger de nouvelles " paroisses, ce qui pourra se faire sans que les curés puissent " prétendre de dédommagement, ni reconnaissance, sous au- " cun prétexte, pour le territoire, et les habitants qui seront " distraits de leurs paroisses pour en former de nouvelles, sui- " vant et conformément à l'Edit du mois de mai 1679." (1)

(1) Id., p. 36, 37, 38.

" Le Règlement dont nous venons de parler fut confirmé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 mars 1722 (tom. 1, p. 403). C'est là la première érection régulière de nos paroisses. Celles qui furent comprises dans ce Règlement n'en étaient pas moins sujettes à être subdivisées comme en effet elles l'ont été considérablement depuis, en vertu de l'Edit du mois de mai 1679. Ces subdivisions n'en étaient pas moins de nouvelles "paroisses", et ceux qui les ont desservies n'en étaient pas moins " les curés " comme l'étaient ceux des anciennes. (1)

....

7° Enfin quatre autres ordonnances des 9 septembre 1713, 14 mai 1714, 30 septembre 1715, et 25 janvier 1716 concernant la bâtisse d'églises et de presbytères dans certaines paroisses (tom. 2, p. 257, 259, 264 et 265.)

" Les quatre dernières ordonnances ont aussi précédé l'arrêt du 3 mars 1722 qui concerne l'érection civile des paroisses. Cependant les lieux qu'elles mentionnent y sont reconnus comme " paroisses " de même que les prêtres qui les déservaient y sont désignés comme " curés." (2)

Voici maintenant l'approbation de cette consultation par les Juges Duval et Morin :

" Le Conseil soussigné est d'avis que les *curés* des paroisses, dessertes et circonscriptions *réputées de fait paroisses, et établies comme telles par l'autorité ecclésiastique, avec ou sans l'intervention de l'autorité civile*, sont inamovibles." Mars 1837. (3)

1998. Le vendeur d'une chose non payée peut exercer deux droits privilégiés :	1998. The unpaid vendor of a thing has two privileged rights:
1. Celui de revendiquer la chose;	1. A right to revendicate it;

(1) Id., p. 38. (2) Id., p. 41. (3) Id., p. 54.

2. Celui d'être préféré sur le prix.

Dans les cas de faillite, ces droits ne peuvent être exercés que dans les quinze jours qui suivent la vente.

2. A right of preference upon its price.

In the case of insolvent traders, these rights must be exercised within fifteen days after the sale.

Voy. *C. N.* 2102, cité sur art. 1996.

---

* *Institutes, De rer. div., Lib.* 2, *Tit.* 1, § 41. } Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, velut expromissore aut pignore dato. (*vid* CAIUM ; *L.* 53, ff. *de contr. empt.*) Quod, quamquàm cavetur ex lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur et jure gentium, id est, jure naturali id effici.— Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. (*vid.* POMPON. *L.* 19, ff. *eod.*)

Ibidem. Trad. de M. A. M. DuCaurroy de la Croix. } Toutefois les choses vendues et livrées, ne sont acquises à l'acheteur que lorsqu'il a payé le prix, ou satisfait le vendeur d'une autre manière : par exemple, en donnant une caution ou un gage. Et quoique prévu par la loi des douze tables, il est cependant vrai de dire que cela vient du droit des gens, c'est-à-dire, du droit naturel. Mais si le vendeur s'en est rapporté à l'acheteur, il faut dire que la chose est, sur le champ, acquise à ce dernier.

---

* *ff. De contrah. emp., Lib.* 18, *Tit.* 1, *L.* 53. } Ut res emptoris fiat, nihil interest utrum solutum sit pretium, an eo nomine fidejussor datus sit. Quod autem de fidejussore diximus, pleniùs acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio

satisfactum est : veluti expromissore, aut pignore dato, proindè sit, ac si pretium solutum esset. (Gaius).

Ibidem. } Pour que le domaine de la chose ven-
Trad. de M. Hulot. } due soit transféré à l'acheteur, peu importe qu'il en ait payé le prix, ou qu'il se soit obligé à le payer au vendeur en lui donnant un répondant. Ce qu'on dit ici du cas où l'acheteur a donné un répondant, doit être étendu à tous les autres où le vendeur aura été satisfait de quelque manière que ce soit : par exemple, si le vendeur a reçu pour débiteur du prix quelqu'un qui s'est obligé à la place de l'acheteur, si l'acheteur a donné un gage : dans tous ces cas, on observera la même chose que si le prix étoit réellement payé. (Gaius).

---

* *Cout. de Paris,* } 176. Qui vend aucune chose mobiliaire
art. 176. } sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé du prix qu'il l'a vendue.

Voy. *Ferrière*, sur art. 176 *C. de P.*, cité sur art. 1999.

---

* 15 *Pand. frs.,* } 109. Il y a sur ce point une différence
p. 145 *et s.* } entre le droit introduit par le Code civil, et celui qui s'observait autrefois.

On n'accordait le privilége que quand la vente avait été faite sans jour et sans terme. Cela était fondé sur la règle que, dans les ventes faites de cette manière, l'acheteur n'acquiert la propriété que par le paiement du prix. Ainsi, tant que ce prix n'était pas payé, la chose n'était pas regardée comme faisant partie de la fortune du débiteur.

Lorsque le vendeur avait accordé terme pour le paiement, il y avait translation de propriété. Il n'avait plus qu'une simple créance pour le prix, et nulle raison ne paraissait

devoir rendre cette créance privilégiée : aussi n'avait-elle aucune préférence.

Le Code civil l'accorde indistinctement, que la vente soit faite purement et simplement ou avec terme, tant que le débiteur en est en possession.

Ainsi, quoiqu'il y ait billet ou acte de vente portant un terme pour le paiement, le privilége du vendeur a lieu sur le prix des effets non encore payés, s'ils se trouvent en la possession du débiteur.

110. Le Code civil ne distingue entre la vente faite avec ou sans terme, que pour l'action en revendication qu'il accorde, dans ce dernier cas, seulement au vendeur, pourvu qu'il l'exerce dans la huitaine de la livraison ; que les effets vendus soient encore en la possession du débiteur ; et dans le même état où la livraison en a été faite.

On peut demander d'abord si cette revendication peut avoir lieu au préjudice du droit du locateur.

L'affirmative ne faisait autrefois aucune difficulté.

On peut maintenant opposer la disposition du Code civil qui porte que le privilége du vendeur ne s'exerce qu'après celui du propriétaire. C'est d'après ce texte que M. Tyssandier, dans son Traité des hypothèques, enseigne purement la négative, sans même prévoir la question.

Nous pensons qu'il se trompe. Le Code civil ne parle que du privilége ; et dans les discussions au Conseil, il n'a été question que de ce droit. Il est certain que quand le vendeur n'a point revendiqué, et qu'il exerce seulement son privilége, il est censé avoir consenti que les meubles par lui vendus et portés dans la maison de l'acheteur, fussent responsables de ses loyers.

Mais quand il donne l'action en revendication dans le délai prescrit, il n'exerce pas un privilége. C'est un droit différent, qui est celui de revendication. On ne peut pas supposer alors qu'il ait voulu se dessaisir des effets vendus sans en recevoir le prix ; ni qu'il ait consenti, en les faisant porter dans la maison de l'acheteur avec l'espoir d'en être payé sur-

le-champ, qu'ils fussent affectés au droit du locateur ; et enfin, ils n'ont pas été assez de tems dans la maison de celui-ci pour qu'il ait pu les regarder avec certitude comme son gage.

Toutes les présomptions qui servent de base au droit du locateur sur les meubles qui n'appartiennent point au locataire, manquent en ce cas ; et par conséquent il ne peut l'opposer au vendeur qui revendique.

On nous a demandé de quelle époque devait courir la huitaine de la livraison, lorsque la vente consistait dans une fourniture qui a été faite en plusieurs fois ; par exemple, à l'égard du tapissier qui a meublé une maison ou un appartement.

Nous pensons qu'on ne doit faire courir la huitaine pour revendiquer, que du jour de la dernière livraison ; car ce n'est qu'alors que le tapissier donne son mémoire et demande son paiement.

Il en serait autrement si la saisie avait été faite avant que l'ameublement fût achevé. Le tapissier aurait dû revendiquer les meubles qu'il avait déjà livrés, mais toujours dans la huitaine, à compter de la dernière livraison faite.

111. Comment faut-il entendre les termes du Code civil, pourvu que les meubles vendus soient encore *dans le même état* où ils ont été livrés ?

C'est-à-dire, répond M. Tyssandier, tant qu'ils sont encore sous corde, sous balle et en caisse.

Il est certain que tels sont les termes de l'Ordonnance de 1673 ; mais cela est relatif au commerce qui se régit par des principes différens, et qui sont réservés par le Code civil : ainsi ce texte de l'Ordonnance de 1673 n'est point applicable au cas dont il s'agit.

Aussi le Code civil ne se sert pas de ces termes. Il parle seulement de l'*état* des meubles, et exige qu'ils n'en aient pas changé.

Or, des meubles meublans, par exemple, n'ont pas changé d'état, parce qu'on aura enlevé les papiers qui couvrent les

dorures, ou les toiles que l'on bâtit sur les bordures : des livres n'ont point changé d'état, parce qu'on les a tirés des caisses pour les ranger dans la bibliothèque ; ni une pièce de drap, parce qu'on l'a tirée de l'enveloppe où elle était. Mais si cette pièce de drap a été coupée pour en faire des habits, si des toiles ont été taillées pour des chemises ou toute autre chose, le drap et les toiles ont changé d'état. C'est ainsi qu'il faut entendre la règle du Code civil.

112. Quant au privilége, c'est-à-dire, au droit accordé au vendeur, d'être payé sur le prix des meubles vendus par préférence aux autres créanciers, il n'a lieu que quand il n'a pas revendiqué, soit qu'il n'ait pas voulu, soit qu'il n'ait pas pu le faire. Il faut, pour qu'il puisse l'exercer, que le débiteur en soit encore en possession. Le privilége s'évanouit dès que ce dernier a disposé de ces meubles. Il cède à celui du locateur ; il cède également aux frais de Justice et à ceux funéraires.

Le vendeur qui veut exercer ce privilége doit s'opposer à la saisie ou à la vente, et demander que les choses qu'il a livrées et dont il n'est pas payé, soient vendues par distinction.

---

* 2 *Bourjon*, *Dr. comm.*, *Tit.* 8, *Des Exécutions*, § *IV*, *p.* 688-691. } LXXIII. Le vendeur du meuble a privilege sur le meuble par lui vendu, comme on l'a déjà annoncé par le paragraphe précédent, relativement à de certains privilégiés : il s'agit d'examiner ici ce privilege en soi ; le vendeur du meuble peut même dans ce cas revendiquer la chose ; droit de revendication qui sera expliqué ci-après. Il a le privilege indistinctement, mais non indistinctement le droit de revendication : le premier est raison écrite.

Tel est le principe des articles 176 et 177. Voyez Louet, let. P, n. 19 ; Lapeyrere, let. P, décision 129, pag. 139 ; c'est la disposition de la loi 5, § 18, ff. *de tribut. act.* disposition que la coutume a adoptée. Voyez le Maistre, tit. 8, pag. 205 ; Basnage, en son traité des hypotheques, page 237 ; Bacquet, des droits de justice, ch. 21, n. 279 ; et le Prestre, cent. 1, ch. 89.

LXXIV. Comme tout privilege est de rigueur, le vendeur du meuble qui se trouve saisi et exécuté sur celui qui l'a acheté, n'a privilege que lorsque la vente d'icelui se trouve juridiquement constatée; l'effet du privilege, qui est de réfléchir contre des tiers, l'a assujetti à cette rigueur; ainsi cette preuve cessante, ce privilege ne peut avoir lieu, elle seule peut le fonder. Il a une certaine qualité pour base, il faut donc que cette qualité soit justifiée.

Telle est la jurisprudence du châtelet, qui n'admet ce privilege que lorsque la preuve de l'existence de la chose vendue est déterminante et juridique; sur quoi il faut faire encore une distinction qu'on va expliquer par les trois propositions suivantes.

LXXV. Le droit de revendiquer la chose, cesse, si le vendeur a donné terme, et il ne peut empêcher la vente de la chose; parce que l'acheteur en est devenu propriétaire, puisqu'en ce cas la vente et l'achat ont été parfaits; mais il a un privilege sur le prix provenant d'icelle; c'est à ce privilege en ce cas auquel se réduit son droit; privilege fondé sur ce que c'est le crédit qu'il a fait qui a mis l'effet parmi les biens du débiteur: il a donc été juste de lui accorder un privilege sur le prix d'icelui; c'est raison écrite, c'est droit commun.

Duplessis, traité des exécutions, liv. 2, pag. 620; et c'est la distinction que fait la coutume par les art. 176 et 177, dont on va expliquer le dernier membre. Voyez Louet et Brodeau, lettre P, n. 19.

LXXVI. Lorsqu'il a vendu sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut empêcher la vente et revendiquer la chose; dans ce cas-ci, son privilege est plus étendu que dans l'autre; l'imperfection de la vente, imperfection qui est constante en ce cas, fonde ce second privilege.

On le juge ainsi au châtelet, conformément à ce que dit Duplessis, à la page indiquée sur la proposition précédente, et sur le moyen contenu dans la proposition qui suit, et c'est ce qui résulte du texte des deux articles indiqués en tête de ce paragraphe. Il faut cependant convenir que cette distinction est souvent peu intéressante, puisque celui qui a le

prix est censé avoir la chose, comme celui qui a la chose en a le prix. Voyez Louet et Brodeau, au nombre cité sur la proposition précédente.

LXXVII. Cette distinction a cependant une juste base; elle est fondée sur ce que l'acheteur ne devenoit propriétaire d'icelle que sous une condition, qui étoit de payer le prix; condition qu'il n'a pas remplie, et qui a par conséquent laissé la convention imparfaite et incapable de transférer la propriété de la chose.

C'est l'inéxecution de cette condition, qui fonde la revendication mentionnée dans la proposition précédente; c'est l'esprit de la coutume et la base de la distinction qu'elle admet; et lorsqu'elle a été ordonnée, celui qui a obtenu la revendication, doit, outre la restitution ou remise de la chose, avoir encore son remboursement des frais par préférence.

LXXVIII. Mais ce droit est sujet à une forme : pour exercer ce droit de revendication, il faut que le vendeur agisse incontinent et au plus tard dans la huitaine de la livraison, si le vendeur et l'acheteur sont demeurans en même ville; après lequel tems il y auroit fin de non-recevoir, parce que la juste présomption est en ce cas, que la vente n'a pas été faite sans jour et sans terme, qu'un plus long délai auroit été préjudiciable au commerce; et après ce délai, il n'y a plus que le privilege sur le prix, et non le droit de revendiquer, qui subsiste en faveur du vendeur, qui n'est plus regardé en ce cas comme vendeur sans jour et sans terme.

C'est le sentiment de Duplessis, pag. 620; ce qui est suivi comme étant l'esprit de la coutume; et l'on le juge ainsi au châtelet.

LXXIX. Ce même privilege du vendeur du meuble a lieu pour une partie de marchandise vendue par un marchand à un autre marchand; mais il est plus étroit que celui du vendeur d'un meuble meublant, parce que la confusion d'une marchandise se fait plus facilement que celle d'un meuble singulier. En effet, dans ce cas on n'écoute guere le privilege prétendu par un autre marchand, et ce, comme vendeur sans jour et sans terme, à moins que la partie de marchandise ne se trouve absolument dans le même état

que le vendeur l'a envoyée à l'acheteur; auquel cas non seulement il y auroit privilege sur le prix, mais encore la revendication même de la chose pourroit être écoutée, non autrement. Mais quoiqu'il s'agisse de marchandise, le privilege du vendeur devroit toujours avoir lieu, dès que la vente et son objet sont constans. La rigueur contraire est bien peu satisfaisante.

Voyez Gouget, des criées, pag. 270. C'est l'opinion commune au châtelet, qui se développe par ce qui suit. Le privilege sur le prix et la revendication sont différent; le premier droit ne se traite pas si rigoureusement que l'autre, mais encore trop rigoureusement lorsqu'il s'agit d'une partie de marchandise, comme on le va voir.

LXXX. Dans ce même cas, le simple privilégié sur le prix est regardé avec rigueur ; en effet, pour que le vendeur d'une partie de marchandise conserve un privilege sur les deniers provenans de la vente d'icelle, il faut que cette partie de marchandise se soit trouvée parmi les effets du débiteur, et que son existence soit prouvée; il faut que cette marchandise soit trouvée individuellement au nombre de celles qui ont été vendues sur le débiteur. Tout cela est juste; mais par l'usage du châtelet, on a attaché une autre condition qui ne me paroît pas conforme à l'équité et au texte de la coutume. En effet, il faut de plus, par cet usage rigoureux, que la portion de cette marchandise, sur laquelle le vendeur veut exercer son privilege, se soit trouvée entiere et sans changement de la part du débiteur, le privilege étant un droit de rigueur, qui cesse lorsqu'il n'y a pas certitude entiere de l'existence de la chose même sur laquelle il est limité. Mais il me paroît que c'est porter la rigueur trop loin, que c'est confondre le simple privilege sur le prix avec la revendication de la chose, qu'on ne doit à la vérité admettre, que lorsque la chose est entiere; mais quoiqu'entamée, lorsqu'il n'y a aucun doute sur celui qui l'a vendue, pourquoi, sur le prix qui en peut provenir, ne lui pas conserver le privilege que la coutume accorde indistinctement à tout vendeur ? Je souhaiterois qu'il en fût ainsi, mais l'usage du châtelet est contraire.

Telle est sur ce la jurisprudence du châtelet, que les trois propositions suivantes développent. Voyez Duplessis, page 620.

LXXXI. Développons ce que dessus par des exemples. Si ce sont marchandises d'épicerie, il faut, pour que le vendeur soit payé par privilege sur le prix d'icelles, que ces marchandises se soient trouvées sous balle et sous corde, et désignées suivant la facture, cela seul pouvant assurer l'existence de l'objet du privilege : encore une fois, cela est bien rigoureux, et cette rigueur est addition à la coutume ; addition qui s'éloigne de son esprit.

Par sentence rendue au parc civil, du mois d'août 1713, plaidans MM. Barbier et Forestier, un marchand de dentelles en gros fut débouté de sa revendication, quoiqu'une partie des pieces de dentelles par lui vendues fussent encore entieres et numerotées, sur le seul moyen que le tout par lui vendu n'étoit pas entier, et que quelques pieces par lui vendues avoient été entamées ; ce qui m'a paru s'écarter de l'esprit de la coutume, et qui me paroît toujours tel.

LXXXII. Voici un autre exemple, dans lequel cette jurisprudence est exacte, parce qu'en ce cas la rigueur est suite de l'esprit de la coutume. Lorsque ce sont marchandises en tonneaux, comme vin, eau-de vie et huile, il faut que le tonneau se trouve sans broche ; s'il y en avoit une, il ne seroit plus constant que la liqueur est celle provenue du vendeur, incertitude bien suffisante pour écarter le privilege ; et en ce cas je trouve, et indistinctement, la jurisprudence du châtelet très conforme aux principes de la coutume et à ceux du droit civil sur la rigueur de l'exercice des privileges, parce que dans ce cas il n'y a plus vraie preuve d'identité, et qu'un privilege étant un droit de rigueur, doit se traiter avec rigueur.

La sentence citée sur la proposition précédente fonde encore celle-ci, puisque dans celle-ci la rigueur cesse, et qu'on y conserve le principe général sur les privileges.

LXXXIII. Si les marchandises sont des étoffes, il faut que les pieces sur le prix desquelles le vendeur veut exercer un privilege, se soient trouvées entieres, et que ces pieces soient

avec cape et queue. Si les pieces étoient entamées, il n'y auroit plus lieu au privilege; c'est la cape et la queue qui le constatent, et sans elles, et attendu leur similitude facile à rencontrer avec d'autres marchandises, l'existence de l'objet du privilege n'est plus constant; ce que j'adopte en ce cas indistinctement, parce qu'il y reste un doute sur l'objet du privilege: doute très justement suffisant pour en faire rejetter l'exercice; mais dans le cas que la vente et l'objet d'icelle sont juridiquement prouvés, je trouve trop de rigueur dans cette jurisprudence.

Je l'ai entendu juger ainsi au châtelet et plus d'une fois; mais s'il n'y avoit pas doute, c'est le cas dans lequel je trouve que rejetter le privilege, c'est s'écarter de l'esprit de la coutume.

LXXXIV. Le travail de l'acheteur sur la marchandise, fait cesser le privilege du vendeur: par exemple, s'il s'agit de peaux, quoique marquées encore à la marque du vendeur, si l'acheteur les a corroyées, le vendeur n'a plus de privilege. Le refus du privilege me paroît encore en ce cas très-rigoureux.

Je l'ai entendu ainsi juger au châtelet: mais le teinturier a privilege sur les choses qu'il a teintes. Le Maistre, tit. 8, pag. 206 Il est vrai que c'est le dernier travail; mais pourquoi le refuser au premier vendeur? Je ne vois pas de différence.

LXXXV. De la derniere proposition, il s'ensuit que les marchands qui ont vendu des laines à des ouvriers qui les ont travaillées, ne peuvent prétendre de privilege sur les étoffes, encore qu'il parût que la matiere première de l'étoffe vînt d'eux. C'est la conséquence de cette proposition; rigueur qu'on suit dans la séparation des patrimoines, qui n'est admise que lorsqu'elle est demandée les choses étant entieres.

Outre ces privileges, les créanciers du défunt sur les meubles provenans de sa succession, sont privilégiés aux créanciers de l'héritier; le Brun des successions, pag. 602, n. 11; ce qu'on a déjà observé ci-dessus et sur le titre des successions, et qu'il est à propos de faire remarquer ici; mais il faut que cette séparation soit demandée les choses entieres, c'est-à-dire, avant que par la confusion totale on ne puisse plus distin-

guer les biens du défunt d'avec ceux de son héritier. C'est ce que le même auteur atteste à la page 604, n. 23 et 24, et ce qui résulte des principes sur l'exercice des privileges, exercice qui est de rigueur.

---

* *Troplong, Priv.*, *n*° 180 *et s.* } 180. Le vendeur non payé a deux droits à exercer, d'après notre article, pour s'indemniser de ce qui lui est dû pour le prix de la vente.

Le premier droit est un privilége.

Le second est la revendication.

Je vais d'abord parler du privilége.

181. Pour pénétrer jusqu'au fond de cette matière ardue, il me paraît nécessaire de remonter aux sources du droit romain, et de notre ancienne jurisprudence.

D'abord, par le droit romain, il est certain que le vendeur n'avait pas d'hypothéque tacite sur la chose mobilière ou immobilière qu'il avait vendue (1) ; il n'y avait que le fisc qui eût cette faveur (2).

Le vendeur n'avait pas non plus de privilége inter *chirographarios*. Il est vrai qu'avant la délivrance, il avait le droit de retenir la chose, *pignoris loco* (3), jusqu'à ce qu'il fût payé. Mais lorsqu'il s'en était dessaisi à titre non précaire et sans condition, il n'avait ni privilége ni droit de suite. *Res ibat in creditum*, et il ne pouvait exercer qu'une simple action personnelle pour paiement du prix (4).

Le président Favre a exposé cette doctrine avec précision. " Venditor, quamdiù pretium solutum non est, retinere rem " venditam necdùm traditam, quasi jure pignoris, potest, " etiamsi de pignore nihil convenerit ; sed post traditionem

(1) L. 1, § 4, D. *De minorib.* Pothier, Pand., t. 2, p. 161, n. 6.

(2) Idem.

(3) L. 22, D. *De hæred. vel act. vendit.* L. 13, § Offeri, D. *De act. emp.* L. 31, § idem, D. *ædil. edicto.*

(4) L. 5, § 18, D. *De trib. act. Inst. de rer. divis.*, § *Res venditæ.* L. 12, C. *De rei vend.* L. 12, C. *De compt. empt.* L. 6, C. *De act.* D'Olive, liv. 4, ch. 10. Brodeau sur Paris, art. 177.

" factam, tametsi pretium solutum non sit, nec avocare pos-
" sessionem potest, nec in eam ipsam rem exercere quasi
" servianam, non magis quàm in cæteras res emptoris, cum
" ex hâc causâ *tacitum pignus nullum contrahatur.* Cui con-
" sequens erit, ut in eâ quoque re quæ vendita est potior
" causa sit anteriorum creditorum hypathecariorum quàm
" venditoris, qui non nisi *personalem* ad pretium actionem
" habet, quique imputare sibi debet cur, cùm rem traderet,
" secutus fidem emptoris fuerit, nec expressâ pignoris con-
" ventione sibi melius caverit (1)."

Néanmoins Loyseau, dans son Traité des Offices, dit qu'il n'y a nul doute que le vendeur n'eût par le droit romain un *privilége* personnel, suivant la loi 34. *Quod quis*, *D. de reb. auct.* et les *Novelles*, 53, 97, 136 (2).

Mais il faut regarder cette opinion comme inexacte, quoique adoptée par M. Grenier (3).

La loi *Quod quis*, dont s'autorise Loyseau, est conçue en ces termes. " Quod quis navis fabricandæ vel emendæ, vel
" armandæ, vel instruendæ causâ, vel quoquo modo credi-
" derit, vel ob *navem venditam* petat, habet privilegium post
" fiscum."

D'abord, il n'est pas sûr que ces mots *ob navem venditam*, s'appliquent au vendeur du navire. Bartole, sur la loi *Quod quis*, reprend la glose d'avoir dit que dans l'espèce de cette loi il s'agit du cas où le vendeur demande à être payé de son prix sur le vaisseau par lui vendu et saisi par les créanciers de l'acheteur ; car, dit-il, la vente faite *habitâ fide de pretio* ne donne jamais de privilége (4). Il soutient que la loi *Quod quis* n'a en vue que des prêts, avances faites *ob navem venditam.* Telle est aussi l'opinion du président *Favre* (5), qui en

(1) Code, lib. 3, t. 7. Déf. 6 et note 2.

(2) Off., liv. 3, ch. 8, n. 15, 16, 46, 67.

(3) T. 2, n. 383.

(4) L. Procurator, § 18, D. *De trib. act.*

(5) Code, lib. 8, t. 8, Déf. 10, n. 2, et Conject., lib. 8, cap. 11 et 12.

donne pour raison qu'il est de l'intérêt public de favoriser ceux qui livrent leurs fonds au commerce de la navigation, tandis que le même motif n'existe pas à l'égard du vendeur, qui se retire au contraire de ce commerce utile.

Voudrait-on cependant partager le sentiment opposé à celui de Bartole et de Favre ; on objectera alors au système de Loyseau que la loi *Quod quis* n'a été introduite que *fovore navigationis* (1), et qu'elle ne faisait qu'un cas particulier. Car à Rome, on avait créé beaucoup d'exceptions en faveur de la navigation, *propter navigandi necessitudinem*, comme dit le jurisconsulte Ulpien (2), et en effet on voit par les fragmens de cet auteur célèbre que la construction d'un navire était pour un Latin une cause d'obtention des droits de cité romaine. Or, sous un gouvernement qui voyait la navigation d'un œil si favorable, il n'est pas étonnant que, pour encourager la construction et la livraison au commerce des bâtimens de mer, on ait traité le vendeur d'un navire plus favorablement que les autres vendeurs.

Quant aux Novelles et particulièrement à la Novelle 97, le privilége dont il y est parlé ne s'applique pas au vendeur de la milice, mais à celui qui a prêté de l'argent pour l'acheter, ce qui est fort différent. Car, comme Bartole le fait remarquer sur la loi *Quod quis* (3), il ne faut pas s'étonner si quelquefois celui qui prête de l'argent pour acheter a privilége, tandis que celui qui a vendu n'en a pas. Car celui qui prête son argent sans intérêt agit dans un pur esprit d'obligeance, au lieu que le vendeur qui suit la foi de l'acheteur pour le prix, n'agit pas *ex merâ liberalitate, sed propter lucrum quod habet ex venditione*. D'ailleurs (et cette raison me paraît meilleure que celle de Bartole), dans un empire tout militaire, comme l'empire romain, il était bon de favoriser l'entrée dans la milice et d'encourager les prêts de fonds pour parvenir à ce but.

(1) Pothier, Pand., t. 3, p. 186, n. 33. D'Olive, liv. 4, ch. X, note *c*.
(2) L. 1, *De act. exercit.* Pothier, Pand., t. 3, p. 399, n. 1.
(3) L. 34, D. *D. rebus auct. jud. possid.*

Si au contraire on jette les yeux sur la loi 5, § 18, *De trib. actione*, on voit que le vendeur n'y est considéré que comme un simple créancier sans prérogatives, s'il a suivi la foi de l'acheteur.

" Sed si dedi mercem meam vendendam, et exstat, videa-
" mus ne iniquum sit *in tributum* me vocari ; et si quidem
" in creditum ei abii, tributio locum habebit ; enimvero si
" non abii, quia res vendita non aliàs desineret esse mea
" (quamvis vendidero) nisi ære soluto ; vel fidejussore dato,
" vel aliàs satisfactio, discendum erit vendicare me posse (1)."

C'est en vain que Loyseau prétend que cette loi n'est qu'un cas particulier *in tributoriâ actione*. Il ne suffit pas de le dire, il faut le prouver ; aussi l'opinion de Loyseau n'a-t-elle pas trouvé de sectateurs nombreux.

Disons donc que, par le droit romain, le vendeur n'avait pas de privilége lorsqu'il avait livré la chose sans réserve et à titre non précaire, et qu'il n'était qu'un simple créancier ordinaire. S'il voulait se réserver un droit de suite, il devait le faire par une stipulation expresse.

C'est ce qu'on avait coutume de faire dans les pays régis par le droit écrit, et notamment en Italie, où le vendeur se réservait le *domaine* jusqu'au paiement de prix (2). Cette clause de *réserve du domaine*, fort usitée dans les ventes d'immeubles, n'avait pas pour objet d'empêcher que le domaine de la chose vendue fût transféré à l'acquéreur avec la possession. Elle ne donnait au vendeur qu'une espèce d'hypothèque pour être préféré à tous les créanciers même antérieurs, ce qui répond au privilége tel qu'il existe dans notre législation (3).

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 410, n. 9.

(2) J'en ai vu un exemple, lorsque j'étais avocat-général à la cour de Corse, dans une affaire très importante entre le marquis Spinola et le sieur Frediani. Une consultation donnée par des avocats de Paris, pour l'explication de cette clause, n'en avait aucunement saisi la portée.

(3) Grazianus, *Discep. forens.*, t. 3, disc., 523, n. 19 et 20. Mantica, *De Tacitis et Ambiguis*, lib. 4, t. 24. Zanchi, *De prælatione creditor. exercit.* 1, § 1, Merlin, Rép., v° Prescrip., p. 526, col. 1.

182. Ce principe, que le droit romain dénie tout privilége au vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur, était suivi exactement au parlement de Bourgogne, comme l'enseigne Bouvot (1).

Mais au parlement de Toulouse on s'en était relâché, et l'on *sous-entendait*, dans toutes les ventes d'*immeubles*, la clause du précaire. D'Olive, dans les œuvres de qui je trouve la preuve de cette déviation, en donne le motif, en disant que ce parlement, suivant l'équité naturelle qui ne souffre pas que le vendeur demeure privé et de la chose et du prix, estima qu'il était digne de sa prudence de pourvoir à la sûreté des vendeurs des choses immobilières, en suppléant la clause du précaire, qui ordinairement était réservée dans les actes de vente (2).

Quant aux *meubles*, quoiqu'ils ne soient pas d'une si grande importance que les immeubles, néanmoins, le parlement de Toulouse se décida pour le privilége du vendeur par arrêt du 22 septembre 1628, rendu après partage (3). Telle était aussi la jurisprudence suivie dans le Lyonnais, régi par le droit écrit (4).

183. En ce qui concerne les pays coutumiers, la coutume de Paris, par son art. 177, accordait au vendeur de choses mobilières un privilége sur le prix, soit qu'il eût suivi ou non la foi de l'acheteur, soit qu'il eût accordé terme ou non. Et, quoique cette disposition fût contraire au droit romain, néanmoins, la cause du vendeur parut si favorable que la jurisprudence l'étendit aux coutumes muettes (5).

Quant aux choses immobilières, comme la coutume n'en parlait pas, le parlement de Paris s'en tint d'abord à la

(1) 1re partie, liv. 5, v° *Vente de vin saisi.*

(2) L. 4, ch. 10.

(3) D'Olive, *loc. cit.*

(4) Ferrières, sur Paris, art. 177, n. 11.

(5) Brodeau, sur cet article 177, Ferrières, *loc. cit.* Loyseau, Off., liv. 3, ch. 8, n. 15 et 16. Louet, let. P. som. 19.

rigueur des lois romaines, et décida que celui qui vendait sa terre *sine præsenti pecunià*, ne devait être considéré que comme créancier personnel non privilégié (1). Mais la jurisprudence changea plus tard, et prit une direction conforme à celle du parlement de Toulouse. Basnage cite deux arrêts, l'un du 1er juillet 1650, l'autre du 15 du même mois, qui assurent au vendeur d'immeubles un privilége.

184. Le Code s'est conformé à une jurisprudence si générale et si équitable. Il accorde privilége au vendeur, soit qu'il ait vendu à terme ou sans terme.

On a cru devoir ajouter ces expressions, *soit qu'il y ait terme ou non*, par imitation de l'article 177 de la coutume de Paris, qui avait dû marquer d'une manière explicite qu'elle voulait déroger au droit romain. En effet, par le droit romain, quand il y avait terme, le vendeur était censé avoir voulu suivre la foi de l'acheteur, et il ne pouvait exercer qu'une action personnelle en paiement du prix, de même que lorsqu'il avait livré la chose à titre non précaire. " Sed " nonne, dit la glose (2), hoc ipso videor habere fidem quod " rem trado ? Respondeo sic, nisi fortè dicebas te habere pe- " cuniam ad manus, cùm tamen non habeas, et sic tradidi. " Item, quid *si dedi diem solutioni ?* Respondeo. Videor sequi " fidem emptoris."

Mais s'il n'avait pas accordé de terme, s'il n'avait livré la chose qu'à titre précaire, à titre de bail, par exemple, si en un mot il n'avait pas suivi la foi de l'acheteur, alors il pouvait garder la chose *jure pignoris*, ou la reprendre comme lui appartenant encore (3).

Dans notre jurisprudence française, au contraire, le vendeur a un privilége, *quand même il aurait suivi la foi de l'acheteur*. C'est le sens des expressions du Code civil : " *soit qu'il y ait terme ou non* (4)."

(1) Brodeau sur Louet, lettre H, ch. 21. D'Olive, liv. 4, ch. 10.

(2) Sur la loi 19, D. *De cont. empt.*

(3) L. 19, D. *De cont. empt.*

(4) *Quid* en cas de faillite ? Voir *infrà*, n. 200.

184 *bis*. Pour que le privilége d'un vendeur de meubles puisse être exercé, il faut que ce meuble soit encore *en la possession* de l'acheteur (1).

Ainsi, si l'acheteur avait revendu et livré la chose achetée, le vendeur ne pourrait plus y avoir de privilége. Les meubles n'ont pas de *suite* en France.

Mais si l'acheteur, quoiqu'ayant vendu, n'avait pas livré (2), ou bien si, sans avoir vendu la chose, il ne s'en était dessaisi que pour la remettre à un procureur, alors le vendeur conserverait son privilége (3).

185. Peut-on en dire autant du cas où l'acheteur a donné la chose en gage ?

Si l'on se reporte à ce que j'ai dit au n° 169 *bis*, on sera peut-être tenté de se décider pour l'affirmative. Néanmoins, la négative me paraît seule admissible.

Le gagiste n'est pas un procureur. Il possède pour lui-même ; et, dans tout ce qui n'est pas relatif à la prescription, il possède réellement et utilement (4). On peut même dire que sa possession a quelque chose de plus intime que la possession abstraite du débiteur qui lui a livré la chose. L'acheteur, en donnant en gage la chose achetée par lui, s'est privé du droit de s'en servir ; il ne peut la reprendre à sa volonté. Il est forcé de souffrir un droit plus puissant que le sien. A la vérité, l'acheteur est toujours censé posséder à l'*effet de prescrire*. Mais c'est plutôt par continuation de son ancienne possession que par le résultat de faits actuels. La possession du gagiste doit donc prévaloir sur la sienne.

Ceci ne contredit pas ce que j'ai enseigné ci-dessus, n° 169 *bis*. Dans le cas que j'examinais alors, le privilége général dont je cherchais à apprécier l'étendue ne dépendait

(1) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n. 16. Ferrières, art. 177, n. 4.

(2) Delvincourt, t. 3, p. 275, notes. Grenier, t. 2, n. 316. Dalloz, Hyp., p. 44, n. 8.

(3) *Suprà*, n. 49 et 102.

(4) Lois romaines citées ci-dessus, n. 169, et Pothier, Pand., t. 3, p. 145.

pas de la possession du débiteur comme il en dépend ici. Il suffisait que la chose continuât à appartenir à ce débiteur. Mais, dans notre espèce actuelle, la propriété ne suffit pas : il faut encore la *possession*, et il est clair qu'une possession suffisante manque à l'acheteur qui a mis en gage le meuble qu'il a acquis (1).

185 *bis*. J'ai dit ailleurs que le vendeur perd son privilége lorsque la chose n'existe plus en nature (2). C'est l'opinion générale (3).

Voy. art. 1543 du *C. C. B. C.*

---

* *St. de Québec* (1885), 48 *Vict.*, *ch.* 20, *sec.* 1. } L'article 1543 du Code civil est amendé en y ajoutant le paragraphe suivant :

" Dans le cas de faillite ce droit ne peut être exercé que dans les quinze jours de la livraison."

1999. Pour exercer cette revendication quatre conditions sont requises :	1999. The right to revendicate is subject to four conditions:
1. Que la vente ait été faite sans terme ;	1. The sale must not have been made on credit;
2. Que la chose soit encore entière et dans le même état ;	2. The thing must still be entire and in the same condition ;
3. Qu'elle ne soit pas	3. The thing must not

(1) Ferrières, sur Paris, art. 177, n. 5. Brodeau, idem, n. 7. Il cite un arrêt du parlement de Paris du 18 mars 1587, qui l'a ainsi jugé. *Suprà*, n. 171.

(2) N. 109 et suiv. *suprà*, et n. 196 *infrà*.

(3) Bourjon, t. 2, p. 690, n. 85. Grenier, tom. 2, n. 316. Dalloz, Hyp., p. 44, n. 9.

passée entre les mains d'un tiers qui en ait payé le prix ;	have passed into the hands of a third party who has paid for it ;
4. Que la revendication soit exercée dans les huit jours de la livraison ; sauf la disposition relative à la faillite et contenue en l'article qui précède.	4. It must be exercised within eight days after the delivery ; saving the provision concerning insolvent traders contained in the last preceding article.

Voy. *Bourjon*, cité sur art. 1998; *C. C. B. C.*, art. 1543 et 1623 et *Cout. de Paris*, art. 176, cité sur art. 1998.

---

* 1 *Ferrière*, *sur art.* 176 *Cout. de Paris, p.* 382-385. } Le sens de cet article, qui étoit le 194 de l'ancienne coutume, est que celui qui a vendu quelque chose mobiliaire, sans terme, espérant d'être payé promptement, peut suivre, c'est-à-dire, peut revendiquer et réclamer comme sienne cette chose, au cas qu'elle ait été mise hors la possession de l'acheteur par saisie et exécution avec transport, faite par les créanciers de l'acheteur, faute par lui d'avoir donné un gardien.

La raison est qu'en ce cas la chose vendue quoique livrée, n'est pas parvenue dans le domaine de l'acheteur, et par conséquent ses créanciers n'y peuvent prétendre aucun droit au préjudice du vendeur, autrement ils s'enrichiroient de ses biens contre l'équité naturelle, §. *venditæ instit. de reb. divis. venditæ res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore dato aut pignore dato,* dit l'empereur en ce §.

Il n'en seroit pas de même, si en ce même cas la chose mobiliaire avoit été saisie et vendue à la requête des créanciers de l'acheteur, et le prix à eux baillé sans opposition de

la part du vendeur; car pour lors, il ne pourroit avoir aucun recours, ni contre les créanciers qui n'auroient pas la chose, mais le prix d'icelle qu'il ne pourroit pas dire être à lui ; ni contre celui auquel elle auroit été adjugée, quoique ce fût un des créanciers, parce que le vendeur seroit censé avoir suivi la foi de l'acheteur, lequel il n'auroit pas poursuivi, ou pour ravoir la chose qu'il lui auroit vendue, faute de payement du prix convenu, ou pour avoir le prix convenu ; et ainsi le vendeur seroit présumé avoir transféré la propriété de cette chose, selon le même §. *sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit: dicendum est statim rem emptoris fieri.* Charondas remarque un arrêt du 12 avril 1588, prononcé à pâques, qui l'a jugé ainsi. A plus forte raison le meuble vendu qui seroit demeuré en la possession du vendeur, pour n'avoir été satisfait du prix convenu, ne pourroit être valablement saisi entre ses mains par les créanciers de l'acheteur, comme il a été jugé par un autre arrêt du quinze avril 1579, cité par le même auteur.

Mais *quid juris* à l'égard de l'acheteur de bonne foi ? sçavoir si la chose n'y peut être retirée par le premier vendeur au cas de cet article, c'est le sentiment de Brodeau sur cet article ; cependant la question souffre quelque difficulté, et il ne semble pas juste que celui qui auroit acheté de bonne foi de la marchandise d'un marchand croyant qu'elle étoit à lui, en pût être évincé : il y auroit peu de sureté dans le commerce si cela s'observoit ainsi, et il seroit facile à des marchands qui seroient d'intelligence, de commettre de la fraude sans qu'on la pût découvrir, contre ceux qui acheteroient des marchandises qui leur seroient aussi-tôt retirées. Charondas remarque sur cet article un arrêt du 10 mars 1587, contre un tapissier dont la marchandise par lui vendue et livrée sans avoir été payé du prix, avoit été revendue par l'acheteur.

Ce même auteur en rapporte un autre entre les arrêts qu'il a mis à la fin du commentaire, arrêt second du 24 juillet de la même année 1587, en la troisième chambre des enquêtes,

les autres consultées, par lequel la cour déclara bonne et valable la saisie faite à la requête de Claude Roussel, Guillaume Marie et Guillaume Bernard, marchands de vin, sur la quantité de 32 demies-queues de vin d'Orléans par eux vendues *sans jour et sans terme*, à un nommé Prevost, et par lui revendues à Marie Guilart, en la cave de laquelle elles auroient été trouvées marquées à leur marque ; ce faisant, qu'elle leur rendroit lesdites 32 demies-queues, si mieux elle n'aimoit payer la somme pour laquelle la vente avoit été faite par eux audit Prevost, sauf son recours contre lui.

Pour concilier ces deux arrêts, il faut dire à mon avis que si la marchandise qui a été vendue sans jour et sans terme, a été aussi-tôt, ou peu de tems après, comme le lendemain, revendue par l'acheteur, le premier vendeur a suite à l'encontre du second acheteur, parce que la chose n'a point passé en la propriété de vendeur, laquelle par conséquent il n'a pû transferer en la personne d'un autre, selon la regle : *nemo, ff. de R. jur.* et c'est l'espece de l'arrêt du 24 juillet 1587.

Au contraire si le premier vendeur sans jour et sans terme avoit laissé passer quelque tems, comme de sept à huit jours ou plus, ce qui dépend des circonstances et de la prudence du juge, sans avoir poursuivi l'acheteur, ou pour le prix convenu, ou pour reprendre sa chose faute de payement ; et que cet acheteur l'eût revendue, sans doute que le premier vendeur n'auroit pas droit de suite à l'encontre du second acheteur, parce qu'il seroit présumé avoir tacitement suivi la foi de l'acheteur, et ainsi la propriété de la chose auroit passé en la personne de cet acheteur, laquelle il auroit pû transférer à un autre, conformément au §. *venditæ* ; et c'est le sens de l'article suivant, qui donne à celui qui a vendu une chose avec terme de payer, droit de suite contre les créanciers de l'acheteur seulement, et non pas contre celui qui l'auroit acheté de bonne foi du premier acheteur, comme nous dirons sur cet article ; c'est comme je crois l'espece de l'arrêt ci-dessus du 10 mars 1587.

Ce privilege cesseroit si la chose avoit changé de nature,

comme si de la laine vendue on avoit fait du drap, ou que le bois fût changé en ouvrage, parce que *mutatâ formâ res perimitur.*

Ce privilege est plus fort que celui du propriétaire, à cause que le vendeur demeure toujours maître de la chose qu'il peut par conséquent réclamer au cas qu'elle soit saisie par le propriétaire pour les loyers qui lui sont dus, comme il a été jugé par arrêt du 15 mars 1605, et par autre du 19 avril 1611, cités par les commentateurs.

Quoiqu'il semble par les termes de cet article, *in fine, pour être payé, etc.* que le vendeur est obligé de souffrir la vente de la chose qu'il a vendue dont il n'a pas été payé, et qui a été saisie sur l'acheteur, toutefois il la peut revendiquer et réclamer pour lui être rendue, sans être vendue, parce que *nemo invitus suam vendere cogitur rem ;* c'est sa chose, et partant il en peut empêcher la vente, selon l'article suivant, de même qu'il pouvoit empêcher la vente de la part de l'acheteur, et l'obliger de la lui rendre en espece à faute de le satisfaire.

---

* 4 *Ancien Denisart*, v° *Revendication, p.* 375-378. } 1. *Revendiquer* c'est redemander judiciairement une chose qui nous appartient, et qui est entre les mains d'autrui.

2. Celui qui a vendu une *chose mobiliaire* sans avoir fixé le *jour* ou le *terme* du payement, mais *espérant* en *être payé promptement*, peut la *revendiquer* et la *poursuivre*, *en quelque lieu qu'elle soit transportée*, lorsqu'il n'en a pas touché le *prix*, et qu'il n'a pas suivi la foi de son acheteur. Voyez l'article 176 de la coutume de Paris.

3. Il ne seroit pas juste en effet que le vendeur perdît son droit sur la chose vendue, dès qu'il n'en a pas touché le prix ; parce que dans le cas de la vente faite sans jour ni terme, la propriété de la chose vendue ne passe à l'acheteur que par le payement du prix.

Ainsi le droit de propriété étant censé résider encore en

la personne du vendeur qui n'est pas payé, il est évident que ce droit lui donne celui de *revendiquer* la chose ; mais il faut que l'identité de la chose vendue et *revendiquée* soit bien prouvée, sans quoi la *revendication* n'aurait pas lieu. La difficulté de faire cette preuve, lorsque la chose a changé de forme, met presque toujours un obstacle à la *revendication ;* comme si le bled a été converti en farine, et la laine en drap, etc. On peut sur cela consulter les arrêts rapportés par Brodeau, et son commentaire sur l'article 176 de la coutume de Paris.

4. Le droit que la coutume donne au vendeur, de *revendiquer* une chose vendue sans jour ni terme, ne l'autorise pas à rentrer *de plano* dans la possession de cette même chose : il faut auparavant faire statuer sur la validité de la *revendication.*

5. Le vendeur d'une chose avec jour et terme pour le payement, peut encore la *revendiquer*, même avant l'échéance du terme, lorsqu'elle est *saisie* sur l'acheteur *par* un *autre créancier.* L'effet de la *revendication* en ce cas, est de donner au vendeur un privilége sur le prix de la chose vendue. C'est la disposition de l'article 177 de la coutume de Paris : mais ce privilége cesse lorsque la chose n'est plus en la possession, et est saisie sur un autre que le premier acquéreur qui avoit terme.

6. Enfin le vendeur d'une chose mobiliaire avec terme peut encore la *revendiquer*, s'il n'est pas payé après le terme convenu, pourvû qu'elle soit encore entre les mains de l'acquéreur. Car la *revendication* d'une chose vendue avec terme ne peut jamais se faire que quand elle se trouve entre les mains du premier acquéreur. C'est ce que porte l'article 177 de la coutume de Paris, et c'est encore un point jugé par un arrêt rendu en la quatriéme chambre des enquêtes, le 3 juin 1756, sur un partage d'opinions en la premiere.

7. Dans cette espéce, il s'agissoit de vins *revendiqués* par un sieur Esteve, sur un vaisseau trouvé à la rade de Dunkerque. Les tonneaux n'étoient pas marqués : ensorte que, quoiqu'il

fût prouvé que le saisissant avoit vendu des vins à un particulier qui en avoit revendu au sieur Gounon, à qui ceux saisis à Dunkerque appartenoient, l'identité des vins vendus avec les vins *revendiqués*, n'étoit pas exactement prouvée : mais le principal moyen du sieur Gounon étoit que le sieur Esteve et ses consorts avoient vendu avec terme, et que la *revendication* n'étoit pas faite sur le premier acheteur, mais sur le sieur Gounon, qui étoit un tiers.

8. Pour pouvoir *revendiquer* des marchandises vendues avec ou sans terme, il faut qu'elles se trouvent au même état où elles étoient, quand elles ont été livrées par celui qui les réclame ; si elles ont changé de forme, ou si elles ont été entamées ou mises en état d'être vendues, elles ne sont plus sujettes à *revendication.*

9. Par exemple, si elles ne sont plus sous balles et sous cordes, si elles n'ont plus leurs capes ou guênes, queues, chef et aunage, ou s'il s'agissoit de marchandises enfermées dans des tonneaux, et qu'il eût été mis au tonneau une fontaine, broche ou canelle, pour les mettre en état d'être débitées ; dans tous ces cas, paroissant que les effets ou marchandises ont été laissés à la foi de celui qui les avoit achetés, ils ne peuvent plus être *revendiqués.* C'est ce qui est établi par un acte de notoriété du châtelet du 13 mai 1711, qu'on trouve dans mon recueil de ces actes.

10. D'après ces principes bien entendus et bien discutés, la cour, par arrêt rendu en la grand'chambre, à l'audience de relevée, le 26 juin 1759, a jugé que cinq marchands de bois qui avoient séparément vendu des bois neufs, avec jour et terme, au sieur Carouge, marchand de bois, pour la provision de Paris, lequel les avoit payés en billets et lettres de change, n'avoient pu, à l'ouverture de la faillite du sieur Carouge, *revendiquer* ces mêmes bois qui avoient été flottés et empilés dans son chantier à Paris, et qu'il pouvoient seulement exercer leur créance pour le prix qui leur restoit dû à cause de ces bois.

Il étoit constant dans le fait, que les bois saisis et *revendi-*

qués par ces cinq marchands, étoient mêlés dans le chantier ; mais,

1° Ils ne se trouvoient plus en totalité.

2° Ils avoient changé de forme par le flottage.

3° Ils étoient augmentés en valeur par le flottage, tirage de la riviere et empilage dans les chantiers.

Ces raisons prévalurent sur la circonstance singuliere et constatée par la marque des bois, que tous ceux qui étoient *revendiqués*, quoique mêlés, avoient été vendus par les marchands revendiquans.

On a cité dans cette plaidoirie un arrêt assez semblable à cette espéce, et que l'on date du 14 juillet 1752 ; mais Me Jouhannin, sur la plaidoirie duquel ce dernier arrêt a été rendu, et qui avoit prêté son extrait à Me Paporet, n'a pas voulu m'en aider.

[Remarquez bien pour l'exactitude des faits et pour l'exposition des vrais principes de cette matiere, que d'après les plaidoiries respectives et ce qui m'a été observé par Me Charon, procureur au bureau de la ville, qui avoit été chargé en cette jurisdiction par les revendiquans et qui se trouva à la plaidoirie de cette cause, il paroît constant que le vrai motif de l'arrêt du 26 juin 1759, a été que les bois étant mêlés dans le chantier et que le triquage n'ayant pu, ou quoi qu'il en soit, n'ayant pas été fait, il n'y avoit pas lieu à la saisie-*revendication* qui exige toujours que la propriété des effets soit bien constatée en la personne de chacun des revendiquans : cisconstance essentielle qui ne se rencontroit pas dans cette espéce, à cause, comme je viens de le dire, que les bois n'avoient pas été triqués. Aussi m'a-t-on assuré que le même arrêt avoit prononcé différemment relativement à une partie de ces mêmes bois qui se trouverent n'être pas mêlés, mais au contraire empilés séparément des autres et marqués de la marque du marchand qui les avoit vendus au saisi ; en conséquence et que par rapport à ce marchand, l'arrêt avoit ordonné, faisant droit sur sa saisie *revendication*, que les deniers provenans de la vente de cette partie de bois, lui seroient

remis. Plaidans feu Me Doucet pour les revendiquans, et feu Me Paporet pour les créanciers du marchand saisi.

11. Par un autre arrêt rendu sur délibéré en vacations le vendredi 27 octobre 1769, présidant M. Joly de Fleury, il a été jugé que le sieur Caillon Bourdonniere, négociant, qui avoit vendu une très-grande quantité de marchandises de bougies et d'étamines avec jour et terme au nommé Mener, et avoit reçu de lui en payement des billets à ordre, qui furent presque tous protestés, avoit pû (quoiqu'il eût reçu une somme de 2450 liv. avant la livraison des marchandises), *revendiquer* les étamines trouvées en nature entre les mains d'un tiers, et notamment s'opposer à la vente que le sieur Gelibert, autre créancier de Mener, vouloit en faire faire.

Comme cette cause a fait beaucoup de bruit, et que l'arrêt pourroit être opposé comme ayant jugé la question de *revendication*, je dois observer que le sieur Bourdonniere avoit été manifestement trompé et escroqué par Mener, qui même étoit déjà en seconde banqueroute lors de l'acquisition par lui faite des marchandises. La cour, sans s'arrêter à la demande du sieur Gelibert, tendante à ce que les marchandises par lui saisies sur Mener fussent vendues, a ordonné que *par provision*, les étamines en question (car Mener avoit fait vendre, même à perte, toutes les caisses de bougies) seroient remises au sieur Boudonniere, et même qu'il seroit informé des faits d'escroquerie imputés à Mener. Ainsi les circonstances particulieres peuvent avoir contribué à la décision de cette cause ; plaidans Me Tessier Dubreuil pour le sieur Caillon Bourdonniere, et Me de la Goutte pour le sieur Gelibert. Il y eut des mémoires imprimés de part et d'autre. Me Tessier Dubreuil, après avoir discuté dans son mémoire les articles 176 et 177 de la coutume, et établi que sa partie ne pouvoit jamais être présumée avoir suivi la foi de Mener, soutint que celui qui avoit vendu sans jour et sans terme, de même que celui qui avoit vendu avec terme, pouvoit également *revendiquer* sa marchandise trouvée EN NATURE sur son acheteur, ou lorsqu'elle étoit saisie sur lui, et que ceci étoit

plus dans l'esprit et dans le vœu de la coutume, que d'ordonner la vente des marchandises et la remise du prix, parce que dans l'un et l'autre cas, la marchandise vendue n'est pas moins la chose du vendeur à terme, que du vendeur sans jour et sans terme.]

---

* 1 *Troplong*, *Priviléges*, nº 194 *à* 197. } 194. La première condition que la loi exige pour autoriser l'exercice de la revendication, c'est que la vente soit faite *sans terme.*

Dans les observations qui précèdent, j'ai fait suffisamment connaître le motif de cette disposition. Je n'y reviens plus.

Si la vente est faite avec terme, alors le vendeur, ayant suivi la foi de l'acquéreur, ne peut exercer la revendication. Il faut que la vente soit faite *fide græcâ*, c'est à-dire, à deniers comptans. Car les Grecs ne faisaient point de crédit, et on n'avait rien chez eux que l'argent à la main (1).

195. La seconde condition est que la chose vendue soit encore en la possession de l'acheteur.

Si l'acheteur avait fait passer à un tiers la possession de l'objet vendu, le vendeur serait privé du droit de revendication (2).

Il n'en était pas ainsi sous l'empire de la Coutume de Paris, d'où cependant est tirée la disposition du Code civil qui m'occupe en ce moment.

D'après l'art. 176 de cette coutume, le vendeur, sans jour ni terme, pouvait poursuivre sa chose *en quelque lieu qu'elle fût transportée.*

Ainsi, si l'acheteur avait revendu la chose à un tiers, le vendeur originaire pouvait revendiquer cette chose entre les mains de ce tiers (pourvu que ce fût dans un bref délai, sans quoi on aurait supposé qu'il avait tacitement accordé un terme (3).

(1) Plaute, *Asinaria.* Platon, lib. XI, *De legib.* D'Olive, liv. 4, ch. x, add.

(2) M. Pardessus, t. 2, p. 313, n. 289.

(3) Ferrières, sur l'art. 176, n. 13. Chopin, idem, n. 8. L. *si quis,* D. *De cont. empt.*

Le Code civil a pensé que cet état de choses pouvait avoir de graves inconvénients, nuire au commerce, et tromper la bonne foi des tiers acheteurs. Il exige par conséquent que la revendication ne puisse avoir lieu qu'autant que la chose est en la possession de l'acheteur, et qu'elle n'est pas passée en mains tierces. Ainsi, si la chose était revendue mais non livrée, le vendeur primitif pourrait revendiquer (1).

196. La troisième condition est que la chose existe dans les mains de l'acheteur, *dans le même état.*

Ainsi, dit M. Tarrible, si le vin avait été mis en bouteilles, si les comestibles avaient été entamés, il ne serait pas possible d'exercer la revendication (2).

De même dans l'usage du Châtelet, attesté par Ferrières (3), la revendication ne pouvait plus avoir lieu lorsque les ballots avaient été défaits, et que les marchandises qu'ils contenaient en avaient été tirées pour être exposées en vente. Cela est fondé sur la grande difficulté de constater l'identité des objets.

Brodeau (4), Mornac (5) et Ferrières (6) rapportent l'espèce suivante :

Un fondeur de cloches avait vendu des cloches aux habitants d'une paroisse. Ceux-ci les avaient fait monter et mettre dans le clocher. Le vendeur, n'en pouvant être payé, poursuivit les acheteurs, et demanda qu'il lui fût permis de faire ôter les cloches du clocher. On soutenait qu'il y était non recevable, parce que les cloches ayant été bénites, elles n'étaient plus dans le commerce, qu'il en avait perdu la pro-

(1) Delvincourt, t. 3, p. 275, n. 2.

(2) Répert., v° Privilége, p. 27, col. 1.

(3) Art. 176, n. 21. Ce qui est confirmé par l'art. 580 du Code de commerce.

(4) Art. 177, Cout. de Paris.

(5) Sur la loi *Procuratoris*, § *Planè*, D. *De trib. actione.*

(6) Art. 176, n. 24

priété, et partant que le droit de revendication ne lui appartenait plus (1).

Néanmoins, par arrêt du parlement de Paris, du 27 février 1603, il fut ordonné que, faute par les habîtants de payer dans un certain temps, les cloches seraient enlevées.

On peut voir, au surplus, n° 109 et suivants, ce que j'ai dit des mutations qui peuvent survenir dans la nature d'une chose (2).

197. La quatrième condition à laquelle la loi soumet le vendeur, c'est qu'il exerce la revendication dans la *huitaine de la livraison.*

Cette condition est fondée sur le même principe qui a fait exiger que, pour qu'il y eût lieu à la revendication, la vente fût faite *sans jour ni terme.* On suppose que, s'il s'écoulait plus de huit jours sans réclamation, le vendeur aurait suivi la foi de l'acquéreur, et que, dès-lors, ce dernier serait devenu propriétaire.

Dans l'ancienne jurisprudence, le délai pour l'exercice de la revendication n'était pas fixé, en sorte que l'on disputait beaucoup pour savoir quel laps de temps devait s'écouler, afin de juger si le vendeur avait voulu accorder tacitement un délai de grâce, et suivre la foi de l'acheteur.

Mornac voulait que la revendication fût exercée *confestim* (3).

Ferrières trouvait que huit jours, ou *environ*, étaient un délai suffisant pour faire dire que le vendeur avait voulu donner tacitement jour et terme (4).

Le Code civil a fixé un terme qui lève tous les doutes, mais qui aussi ne peut être dépassé sans que le vendeur soit

(1) *Inst. de rer. divis.*, § *Res sacræ,* L. 21, C. *De sacros. eccles.* L. 6, D. *De acq. rer. dominio.*

(2) V. aussi mon comm. de *la Vente,* t. 2, p. 632, combiné avec ce que j'ai dit *suprà,* n. 113.

(3) Sur la loi *Procuratoris,* § *Planè,* D. *De trib. act.*

(4) Art. 176, Cout. de Paris, n. 19.

privé tout-à-fait de l'exercice de la revendication. Ce terme est la huitaine de la livraison à l'acheteur.

---

* 2 *Troplong*, *Vente*, *n*os 624, 665, 730 *et Addition*, *p.* 531. } 624. L'action en résolution, donnée au vendeur par notre article, est personnelle. Elle suit la personne de l'acheteur, *ejusque personæ adhæret ut lepra cuti.* Elle la tient sous son joug, encore que la chose ait changé de mains ; elle passe à ses héritiers. Dérivant d'un contrat, elle s'adresse à la personne de celui qui a stipulé avec le vendeur, et elle conclut à la destruction de ce lien du droit (1).

Néanmoins, suivant la doctrine de presque tous les interprètes sur le pacte commissoire exprès, et de nos anciens auteurs, elle n'est pas pure-personnelle. Elle est du nombre de ces actions qu'on appelle *personales in rem scriptæ*, actions qui, principalement et par leur nature, sont personnelles, mais qui tiennent à l'action réelle par quelque demande qui leur est connexe. Elles naissent d'une obligation personnelle; mais elles aboutissent aux conclusions d'une demande réelle ; elles cumulent une action personnelle et une action réelle, et l'action personnelle y est le prélude de la revendication. *Hanc*, dit Cujas, *rei vindicatio habet velut præcursoriam et emissoriam actionem* (2). Par exemple, lorsqu'on poursuit la résolution contre l'acquéreur, le demandeur conclut en premier lieu à la dissolution du contrat : voilà la partie personnelle de sa demande ; puis il conclut au désistement de la chose par l'acheteur, par la raison que, la résolution une fois acquise, il est propriétaire de la chose ; *nec ab eo dominium recessisse intelligitur*, dit encore Cujas (3), et cette partie de sa demande est réelle. Elle est fondée sur le droit de propriété ; elle émane de celui qui est propriétaire contre celui

(1) V. *infrà*, n. 805, un passage du président Favre, duquel il résulte qu'une action pour *dissolution* d'un contrat est de même nature que l'action pour *exécution* d'un contrat, d'après la règle : *Eadem ratio est contractûs et distractûs.*

(2) Sur le § 1 du titre des Inst., *De act.*

(3) Sur la loi 41, Dig. *De rei vindicat.*

qui détient l'immeuble sans cause. Il fallait, avant tout, se servir de l'action personnelle comme d'un préliminaire pour se faire délier. Mais ce passage par l'action personnelle, bien qu'indispensable, n'était cependant qu'un moyen préalable d'arriver à la revendication de la chose, ce qui constitue la fin du litige. C'est ce cumul d'un caractère personnel et d'un caractère réel que les interprètes du droit romain ont voulu dépeindre en qualifiant ces actions, d'après Ulpien, de *personales in rem scriptæ* (1). Aucun jurisconsulte n'a mieux fait sentir que Cujas le sens et l'énergie de cette qualification. " Actionum in personam aliæ sunt omnimodo, id est, vi ipsâ " et scripturâ ; aliæ vi ipsâ in personam, scripturâ in rem. " Ex hoc genere est actio *quod metûs causâ*. Vi namque ipsâ " est in personam. Scribitur tamen generaliter et in rem... " Hic duo notanda sunt. Non omnem actionem in personam, " ità scribi, ut quis dicat adversarium sibi dare aut facere " oportere, sed et aliis modis, ut putà verbis in rem directis, " et ità accipiendus est, § *Omnium, inst. de act.* (2)." On se trompe donc beaucoup quand on traduit ces expressions : *actiones in rem scriptæ*, par ces mots *actions écrites sur la chose* (3). Ulpien, en se servant de cette locution, n'a nullement entendu dire que l'action fût écrite, fût imprimée sur la chose. Mais ce qu'il a voulu exprimer, c'est que, quoique l'action fût personnelle en premier ordre, néanmoins sa formule était celle de l'action réelle, et elle était conçue ou écrite en termes dirigés contre la chose, *in personam* VI IPSA, *in rem* SCRIPTURA (4).

(1) Voyez, sur ce qui les concerne, 1° les développemedts de Tiraqueau, qui donne la liste de tous ceux qui en ont traité avant lui (*De retract. gentil.*, § 8, glose 3, n. 8 et 9) ; 2° Loyseau, de l'Action mixte (liv. 2, ch. 1, n. 3) ; 3° Pothier, sur Orléans, introd. génér. aux Cout., ch. 4, § 2, n. 121. Du reste, la dénomination d'*actio in rem scripta* appartient à Ulpien, l. 9, § 8, D. *Quod metûs causâ*.

(2) Récit. solenn. sur la loi 9, au Dig. *Quod metûs causâ.*

(3) C'est ce que fait cependant, par inadvertance, un estimable professeur, M. Duranton, t. 16, n. 361.

(4) C'est aussi ce que dit Fachineus, d'après Corasius. (Cont., lib. XI, c. 60).

Un des caractères de l'action personnelle *in rem scripta*, c'est d'engendrer toujours un droit de suite contre les tiers détenteurs. La raison en est simple ; quand la demande personnelle a fait évanouir le contrat qui s'opposait à la revendication, l'immeuble revient *ipso facto* dans les mains de son ancien maître, et dès lors celui-ci est investi du droit de revendication, ou autrement dit de l'action réelle qui compète à tout propriétaire pour retrouver sa chose, en quelque main qu'elle soit passée. On en voit tous les jours la preuve dans l'action en réméré (art. 1664), et dans les actions en rescision pour lésion. Ce point a été exposé avec une grande netteté par Furgole. J'engage ceux qui voudront étudier la matière à le consulter (1).

665. Voilà quelles sont les règles pour les ventes d'immeubles.

Mais en est-il de même dans les ventes de choses mobilières ?

Nul doute que nous ne retrouvions ici le principe que la clause résolutoire tacite n'opère pas de plein droit. L'article 1654 le dit assez hautement, et cet article est général ; il s'applique à toutes les ventes quelconques.

Mais il y a cette différence entre les ventes d'immeubles et les ventes de meubles, que, dans celles-ci, le vendeur est toujours en danger de perdre la chose et le prix, à cause de la facilité qu'a l'acheteur de faire disparaître la chose. D'où il suit qu'il n'y a pas lieu d'accorder des délais pour le paiement.

Sous un autre point de vue, une prorogation de délai aurait des inconvénients graves. On sait avec quelle promptitude varient les prix des choses mobilières. Pendant le délai de paiement, l'objet vendu pourrait augmenter de valeur ; mais si à l'expiration l'acheteur ne payait pas, et qu'on fût alors à une époque de baisse, le vendeur serait exposé à reprendre sa chose avec perte, et à se voir privé de ses chances de profit.

(1) Test., t. 2, ch. 7, sect. 3, n. 92 et suiv. jusqu'à 105.

730. Mais le droit de suite contre un tiers acquéreur n'a pas lieu s'il s'agit d'une vente de meubles faite avec pacte de rachat. Les art. 1141 et 2279 du Code civil viennent apporter une limitation nécessaire à notre article, lequel ne saurait d'ailleurs prévaloir contre cette maxime générale du droit français, *que les meubles n'ont pas de suite.*

M. A. Dalloz, qui enrichit le journal de M. Dalloz aîné d'annotations souvent fort utiles, me fait l'honneur de me citer (1) sur la question de savoir si les ventes de meubles sont sujettes à la résolution à défaut du paiement du prix (2). Mais il croit que je ne fais aucune différence entre le cas où les meubles sont restés dans les mains de l'acheteur et celui où ils en sont sortis.

Cette observation me fait regretter d'avoir plutôt supposé qu'énoncé expressément l'énorme distance que je place entre ces deux hypothèses. J'avais pensé qu'il était inutile d'expliquer que la résolution ne peut être poursuivie contre les tiers qu'autant que la chose est un immeuble, mais qu'elle manque de fondement lorsque l'objet vendu est un meuble, n'ayant pas de suite aux termes des art. 2119 et 2279 du Code civil. Du reste, on pourra se convaincre, par ce que j'ai dit aux n. 624, 665, et surtout 730 de ce commentaire, qu'il a été dans ma pensée de rejeter tout-à-fait le droit de suite, ou, ce qui est la même chose, le droit de résolution contre les tiers à qui le meuble a été revendu. Le contraire serait une erreur tellement monstrueuse en droit français, que je crois superflu de la réfuter (3).

En est-il de même lorsque le meuble vendu n'a fait que changer de qualité dans la main de l'acquéreur primitif qui, par exemple, l'a rendu immeuble par destination ? M. A. Dalloz incline pour la non-résolution avec un arrêt de la

(1) Dal., 34, 2, 23, note 6.

(2) Mon commentaire sur la Vente, t. 2, n. 646, et sur les Hypothèques, t. 1, n. 192 et 193.

(3) V. Coquille, quest. 63. Mon commentaire sur les Hypoth., t. 2, n. 395, et Bourjon, t. 1, p. 145.

cour de Paris du 16 août 1832, contre un arrêt de la même cour du 10 juillet 1833 (1). Mais j'avoue que l'opinion consacrée par ce dernier arrêt me paraît préférable. J'ai touché, dans mon commentaire sur les Priviléges et Hypothèques (2), la question de savoir si la conversion d'un meuble en immeuble par destination ébranle le privilége du vendeur, et j'ai cru pouvoir la résoudre en faveur du privilége ; car, d'une part, la chose n'a pas changé de mains, et le droit de suite ne va pas au delà de la possession telle qu'elle a été fixée entre les parties contractantes ; de l'autre, la chose vendue subsiste matériellement dans la même forme et avec les mêmes éléments qu'à l'époque de la vente. Elle est ce qu'elle était ; il n'y a de changé que la destination, que la qualité morale, et cette mutation n'est pas de celles que l'on peut assimiler à la perte de la chose. J'ai fortifié ces raisons d'un puissant argument tiré de l'art. 593 du Code de procédure civile. On ne peut saisir-exécuter les meubles que la loi déclare immeubles par destination. En règle générale, ils ne peuvent être mis sous la main de la justice qu'avec le fonds auquel ils appartiennent. Tel est le principe consacré par l'art. 592 du Code de procédure civile. Mais, par une exception remarquable, le vendeur de ces objets est autorisé à les atteindre par la voie de la saisie-exécution. N'est-ce pas là une preuve certaine qu'à son égard ils continuent à rester meubles ? que la mutation qu'ils ont subie depuis la vente ne les affecte pas d'une altération fondamentale, et qu'un simple changement de qualité est impuissant pour nuire au droit de propriété personnifié dans le vendeur non payé ?

Eh bien ! si le privilége se maintient intact malgré la conversion d'un meuble en immeuble par destination, n'est-il pas évident que le droit de résolution, plus vivace encore que le privilége, ne saurait en redouter la moindre atteinte? Quel moyen y aurait-il d'arracher au vendeur qui demande à rentrer dans ce qui lui appartient la disposition si péremptoire de l'art. 593 du Code de procédure civile ?

(1) Dal., *loc. cit.* (2) T. 1, n. 113.

S'appuiera-t-on sur l'intérêt des tiers dont l'hypothèque sera venue frapper ce meuble devenu immeuble par destination ? Mais cet intérêt plie devant les priviléges dont il a plu au législateur d'environner le vendeur, et devant des principes qu'une équité arbitraire ne doit pas briser. Quoi donc! si l'objet vendu était un immeuble réel et non fictif, les créanciers hypothécaires seraient condamnés à voir leur échapper par l'action résolutoire le gage qu'on leur a donné ; et parce que c'est un meuble, ils aspireront à un résultat meilleur!! Mais comment ne voient-ils pas que cette circonstance est indifférente, puisque ce meuble n'a pas été déplacé, qu'il reste dans des conditions de possession qui rendent inapplicable la maxime : *Meubles n'ont pas de suite*, et qu'enfin le législateur a lui-même décidé, dans l'art. 593 du Code de procédure civile, qu'une modification dans la qualité morale de la chose n'opère pas une de ces transformations qui font évanouir le droit dans cette chose ? Voilà, si je ne me trompe, ce qu'on pourrait victorieusement répondre aux créanciers hypothécaires dont l'hypothèque serait postérieure à l'immobilisation par destination. Quant aux créanciers antérieurs, on conçoit difficilement que la cour de Paris les ait considérés comme assez favorables pour les mettre à l'abri de l'art. 1654, par son arrêt du 26 août 1832. Aussi est-il tout simple que cette cour ait abandonné quelque temps après une jurisprudence si hasardée.

Au surplus, si la vente dont on demande la résolution constituait un acte de commerce réciproque, et que l'acheteur fût tombé en faillite, la résolution ne pourrait avoir lieu si les créanciers s'y opposaient. Car, dans ce cas, le vendeur non payé n'a, à l'égard de ces derniers, que le droit de revendication (1).

(1) Art. 576 du Code de commerce. M. Pardessus, t. 2, p. 313. Mon comment. sur les Hypothèques, t. 1, n. 200.

2000. Si la chose est vendue pendant l'instance en revendication, ou si lors de la saisie de la chose par un tiers, le vendeur est encore dans les délais et la chose dans les conditions prescrites pour la revendication, le vendeur est privilégié sur le produit à l'encontre de tous autres créanciers privilégiés ci-après mentionnés.

Si la chose est encore dans les mêmes conditions, mais que le vendeur ne soit plus dans les délais, ou ait donné terme, il conserve le même privilége sur le produit, excepté à l'égard du locateur et du gagiste.

2000. If the thing be sold pending the proceedings in revendication, or if, when the thing is seized at the suit of a third party, the vendor be within the delay and the thing in the conditions prescribed for revendication, the vendor has a privilege upon the proceeds in preference to all other privileged creditors hereinafter mentioned.

If the thing be still in the same condition, but the vendor be no longer within the delay, or have given credit, he has a like privilege upon the proceeds, except as regards the lessor or the pledgee.

---

* *C. N.* 2102. } Les créances privilégiées sur certains meubles sont :

1° Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme ; savoir, pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine ; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de

faire leur profit des baux et fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû ;

Et, à défaut de baux authentiques ou, lorsqu'étant sous signature privée, ils n'ont pas une date certaine, pour une année, à partir de l'expiration de l'année courante ;

Le même privilége a lieu pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution d'un bail ;

Néanmoins les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sont payées sur le prix de la récolte ; et celles dues pour ustensiles sur le prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire dans l'un et l'autre cas ;

Le propriétaire peut saisir les muubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement ; et il conserve sur eux son privilége, pourvu qu'il en ait fait la revendication ; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinze, s'il s'agit de meubles garnissant une maison.

2° La créance sur le gage dont le créancier est saisi.

3° Les frais faits pour la conservation de la chose.

4° Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il achète à terme ou sans terme ;

Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite ;

Le privilége du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire ;

[ARTICLE 2000.]

Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication.

5o Les fournitures d'un aubergiste sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge.

6o Les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée.

7o Les créances résultant d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur le fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui peuvent en être dûs.

Voy. *Bourjon* et *Prevot de la Janès*, cités sur art. 1998 et *C. C. du B. C., art.* 1623.

---

* 2 *Ferrière, sur art.* 176, *Cout. de Paris, p.* 1325, *n°* 17, 19 *et n°* 7, *p.* 1341. } 17. C'est aussi l'avis de cet Auteur (Brodeau), qui me semble juste, que le droit de suite cesse à l'égard du vendeur de la chose vendue, sans jour et sans terme, quand elle a été saisie et exécutée sur l'acheteur, et ensuite vendue par autorité de Justice ; car en ce cas le dernier acheteur est en pleine seureté, ayant suivi la foy publique et l'autorité de la Justice ; le vendeur devant s'imputer de n'avoir pas veillé à ce que la chose par luy vendue, ne fût point saisie, exécutée et vendue par Justice sur l'acheteur : telles ventes purgeant tous les droits et privileges, qu'on pourroit avoir et prétendre sur les meubles vendus ; de même que les decrets purgent tous droits, privileges et hypoteques prétendus sur les immeubles, excepté ceux que nous avons remarquez sur le Titre des Criées.

19. Le privilege du vendeur est conservé sur la chose, tant que la chose se trouve en nature, qu'elle existe, et qu'elle n'a point changé de forme.

Aussi-tôt qu'elle a été convertie en une autre forme, quoy qu'elle se trouve entre les mains de l'acheteur, le privilege cesse, parce qu'on peut dire, que *mutatâ formâ*, ce n'est plus

la chose qui étoit auparavant, comme si le bled vendu a été converty en farine, le bois en ouvrages, la laine en draps, et ainsi des autres matieres, qui ont pris d'autres formes, *l. si convenerit.* 18. §. *quis caverit. ff. de pigner. actio. l.* 6. §. *fin. ff. de auro et argent. argum. leg. mulieris.* 13. §. 1. *ff. de V. S. l. Julianus.* 6. §. *sed. si quis rem. ff. ad exhib. l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram. ff. de V. O.*

L'article 97. des Arrestez y est conforme.

Brodeau *num.* 5. dit, qu'en ce cas il n'y a point droit de suite ny de préference, encore que la saisie soit faite sur le débiteur premier acheteur ; comme si plusieurs Marchands avoient vendu en même temps des porcs à un Chaircuitier, des bœufs et des moutons à un Boucher, des bleds à un Boulanger, qui auroient tous saisi les chairs, les pains et les farines, dans l'impossibilité de reconnoître de qui elles procedent ; auquel cas il dit, que la contribution doit avoir lieu entr'eux, comme ayans tous un même privilege, de pareille puissance et faveur, ce qui les fait tomber dans le droit commun.

Si le propriétaire est préféré pour les loyers au vendeur sur la chose vendue?

Par Arrêt du 19. Avril 1611. en l'Audience de la Grand'-Chambre remarqué par Brodeau sur cet article, *n.* 7. et par Auzanet en ses Arrêts, page 35. le vendeur a été préféré ; il s'agissoit d'un cheval vendu à un fermier pour une somme payable moitié comptant, et moitié six mois après, le cheval avoit été saisi par les propriétaires qui étoient les Chartreux de Paris, avec tous les effets du fermier, par l'Arrêt jugé, que le vendeur seroit préféré sur le prix procedant de la vente du cheval : ce qui faisoit la difficulté étoit que le vendeur avoit pris une obligation pour sûreté du prix, et qu'ainsi *res abierat in creditum.*

Par autre donné en la Coutume d'Orleans le 12. Avril 1610. le Mardy 12. de relevée confirmatif de la Sentence des Requêtes du Palais, la Cour a préféré le vendeur.

Par autre du 22. Janvier 1639. rendu en la Grand'Chambre

au rapport de Monsieur Hotman, en infirmant la Sentence du Prevôt de Paris, la Cour ordonna, que le prix procedant de la vente du vin seroit rendu au vendeur : ces Arrêts sont rapportez par Brodeau au même lieu.

Par autre Arrêt du 26. Novembre 1620. en l'Audience de la Grand'Chambre, rapporté par M. Auzanet en ses Arrêts, page 303. il a été jugé, que les meubles vendus par un Fripier, et saisis par le propriétaire pour le paiement des loyers, seroient vendus pour les payer ; la raison est, que ce cas est bien different des précedens, en ce que le propriétaire est préféré au vendeur de meuble meublans destinez pour occuper la maison, et par consequent responsables des loyers quand ils ont été vendus à credit et à terme ; et même le propriétaire a droit de faire vendre les meubles occupant sa maison, qui auroient été louez au locataire par un Fripier ou par autre ou prêtez, et tel est l'usage du Châtelet de Paris.

---

* 4 *Pothier* (*Bugnet*), *Louage*, *n*° 241-2. } 241. Ce droit que nos coutumes accordent aux locateurs de maisons ou métairies, comprend non-seulement les meubles qui appartiennent aux fermiers ou locataires, et aux sous-locataires; il comprend encore ceux qui appartiennent à des tiers, lorsque c'est de leur consentement, ou exprès ou tacite, qu'ils garnissent et occupent la maison.

Par exemple, si un tapissier a donné à loyer des meubles à mon locataire pour meubler la maison qu'il tient de moi, les meubles de ce tapissier, quoiqu'ils n'appartiennent point à mon locataire, seront obligés à mes loyers et à toutes les obligations du bail, tout comme s'ils appartenaient à mon locataire; et, en conséquence, si je les saisis, le tapissier n'en pourra demander la récréance.

Cette décision est fondée, 1° sur les textes de notre coutume d'Orléans. Il est dit, art. 408, que le seigneur d'hôtel peut faire exécution *sur tous les meubles qu'il trouve en son hôtel*, sans distinguer s'ils appartiennent ou non à son loca-

taire ; et en l'art. 456, il est dit, *que si un créancier*, AUTRE QUE DE LOYER DE MAISON, *arrérages de rentes foncières, ou maison*, fait prendre par exécution aucuns biens meubles qu'il prétend appartenir à son débiteur, et qu'un tiers opposant maintienne lesdits biens lui appartenir, il y sera reçu. Donc *à contrario* lorsque c'est un créancier de loyers de maisons ou fermes qui saisit les choses qui sont dans sa maison ou métairie, celui qui s'en prétend le propriétaire n'est pas reçu à les réclamer. Donc ils sont obligés aux loyers.

2° Notre décision est fondée sur l'usage constant qui a donné cette interprétation à ces dispositions de coutumes.

Les coutumes, suivant qu'il paraît par un grand nombre de leurs dispositions, ayant apporté tout le soin imaginable à procurer la sûreté du paiement des fermes des métairies et des loyers des maisons, dans lesquels consistent le principal revenu des citoyens, et d'où dépend l'entretien de leurs familles, il aurait manqué quelque chose à leur prévoyance, si elles n'eussent pas assujetti au droit des seigneurs d'hôtels et métairies tous les meubles qu'ils y trouvent ; car sans cela un seigneur d'hôtel serait tous les jours exposé à perdre ses loyers. Lorsqu'il loue sa maison, il ne connaît pas ordinairement la fortune de son locataire : il ne peut compter que sur les meubles qui apparaissent en sa maison, et il ne peut savoir s'ils appartiennent à son locataire ou non. Il est donc nécessaire pour sa sûreté, que ces meubles lui soient obligés, soit qu'ils appartiennent ou non à son locataire.

On opposera qu'il répugne aux principes de droit, et même à la nature des choses, que les meubles qui n'appartiennent pas au locataire soient obligés ; car les meubles qui exploitent une maison ne sont obligés que parce que le locataire est censé les avoir tacitement obligés ; mais il ne peut pas obliger les choses qui ne lui appartiennent pas : *Res aliena pignori dari non potest ;* L. 6, *Cod. si alien.* Personne ne peut accorder à un autre un droit sur une chose dans laquelle il n'a lui-même aucun droit, suivant la règle : *Nemo plus juris*

ad alium transferre potest, quàm ipse habet; L. 54, ff. *de Reg. jur.*

La réponse est qu'on ne peut, à la vérité, obliger la chose d'autrui sans le consentement de celui à qui elle appartient, mais on le peut avec son consentement : *Aliena res pignori dari voluntate domini potest;* L. 20, *de Pign. act.* Or, celui qui prête ou qui loue des meubles à mon locataire, ou qui, pour quelque autre raison, les place chez lui, est censé, en souffrant qu'ils garnissent ma maison, consentir qu'ils soient obligés aux loyers, parce qu'il sait ou doit savoir que tout ce qui occupe une maison, répond des loyers et de toutes les obligations du bail.

242. Cette décision a lieu, quand même celui qui a prêté ou donné à loyer des meubles à mon locataire, aurait par l'acte qui contient ce prêt ou ce louage et qui est passé à mon insu, expressément protesté qu'il n'entendait point consentir que ces meubles me fussent obligés ; car cet acte qui est passé à mon insu ne peut me préjudicier.

Il est vrai que, *subtili jure*, ces meubles ne me sont pas obligés, parce qu'on ne peut pas présumer en ce cas le consentement du propriétaire, qui a expressément déclaré le contraire ; mais ce propriétaire m'ayant induit en erreur par cet acte passé à mon insu, est tenu envers moi *actione de dolo, in id quanti meâ interest non esse deceptum.* Or, ces dommages et intérêts consistent en ce que je puisse me venger sur ces meubles tout comme s'ils m'étaient véritablement obligés, ainsi qu'il m'avait donné lieu de le croire.

---

* 1 *Troplong, Privilèges, nº* 159. } D'après les termes formels de l'art. 2102, il semble que le propriétaire n'a de privilége que sur les fruits de l'année. Cependant il y a un moyen de recourir sur les fruits encore existans des années précédentes. C'est de les saisir comme objets mobiliers garnissant la ferme. Tous les auteurs sont univoques à cet égard.

Il semble, au premier coup d'œil, résulter de là que le Code civil a fait une chose illusoire en limitant le privilége aux fruits de l'année, puisque, par une voie indirecte, mais non moins sûre, il peut frapper les fruits des années précédentes.

Néanmoins, il y a une différence entre le privilége sur les fruits de l'année et celui qui s'exerce sur les fruits des années précédentes. C'est que le droit du propriétaire se perd sur ceux-ci, lorsqu'ils ont cessé de garnir la ferme, sauf à lui à exercer la revendication dont je parlerai plus bas, et qui est limitée à un temps assez court. Au contraire, quand le propriétaire se venge sur les fruits de l'année, il n'est pas nécessaire qu'ils garnissent la ferme ; il suffit qu'ils soient en la possession civile du fermier, quoique hors des bâtiments d'exploitation (1). Je reviendrai plus tard sur cette distinction.

---

* *Pothier, Vente, nº 322 et s.* } 322. Il est particulier à la tradition qui se fait en exécution du contrat de vente, qu'elle ne transfère la propriété à l'acheteur, que lorsque le vendeur a été payé ou satisfait du prix ; *instit. tit. de rer. divis.* § 41.

La raison est que le vendeur qui vend au comptant, est censé n'avoir volonté de transférer la propriété que sous cette condition. Mais lorsque le vendeur a bien voulu faire crédit du prix à l'acheteur, la tradition qui lui est faite de la chose, lui en transfère la propriété avant qu'il en ait payé le prix. C'est pourquoi après que Justinien a dit : *Venditæ et traditæ res non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel ei alio modo satisfecerit*, etc., il

(1) La cour royale de Lyon a jugé le 24 février 1836 (Dalloz, 37, 2, 45. Sirey, 36, 2, 414), que le bailleur d'un étang ne pouvait exercer son privilége sur le prix des poissons que son fermier avait envoyés à Lyon, et qui y avaient été vendus par un commissionnaire.

Cet arrêt est fondé sur ce principe que le privilége du bailleur n'a lieu que sur les fruits en la possession du fermier et encore en nature.

ajoute : *sed si is qui vendiderit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri ;* d. § 41.

323. Lorsqu'il y a un terme accordé expressément par le contrat pour le paiement du prix, la volonté que le vendeur a eue de faire crédit ne peut être équivoque ; il ne peut être douteux que la tradition faite en conséquence de ce contrat, transfère la propriété à l'acheteur.

324. Lorsqu'il n'y a aucun terme porté par le contrat, la tradition de la chose, lorsque le vendeur n'a pas protesté expressément qu'il ne la faisoit qu'à la charge que l'acheteur payeroit incontinent, suffit-elle seule pour faire présumer que le vendeur a bien voulu suivre la foi de l'acheteur, et qu'en conséquence la tradition lui a transféré la propriété ? Quelques Docteurs ont soutenu l'affirmative : *Fabianus de Monte* en son Traité *de empt. vend.* réfute fort bien cette opinion. L'acheteur qui soutient que le vendeur a bien voulu lui faire crédit et suivre la foi, doit le prouver. Le crédit ne se présume point : au contraire dans les contrats synallagmatiques, chacun est présumé ne vonloir accomplir son engagement qu'autant que l'autre partie accomplira en même temps le sien. Si la tradition seule et par elle-même faisoit présumer ce crédit, ce seroit mal-à-propos que Justinien enseigneroit comme un principe particulier au contrat de vente, que la tradition des choses vendues n'en transfère pas la propriété, si le vendeur n'a suivi la foi de l'acheteur, puisqu'il seroit toujours présumé l'avoir suivie.

Mais si le vendeur, après avoir livré la chose, avoit laissé écouler un temps considérable sans en demander le prix, il est évident en ce cas qu'il a suivi la foi de l'acheteur, et par conséquent la propriété sera censée tranférée par la tradition.

---

* 2 *Lamoignon*, p. 149-151. } Quant aux meubles vendus, l'article 176 de la coutume de Paris porte que : " Celui " qui vend une chose mobiliaire *sans jour et sans terme*, mais

" espérant promptement son paiement, peut poursuivre sa " chose, en quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être " payé du prix pour lequel il l'a vendue." Et l'article 177, qui n'étoit pas dans l'ancienne rédaction, ajoute que " quoi- " que le vendeur eût donné terme, si la chose se trouve " saisie sur le débiteur du prix, quoique le terme ne soit pas " échu, il peut empêcher la vente, et il est préféré, sur la " chose, aux autres créanciers."

Il y a donc, suivant ces deux articles, deux cas où les choses mobiliaires sont sujettes à être suivies par le créancier, qui est préféré, quelques saisies qu'aient pu faire les autres créanciers.

Le premier arrive quand un marchand, par exemple, a vendu sa marchandise, sans jour et sans terme, pour être payé promptement. Si la marchandise qu'il a vendue, et qui n'a pas été payée, est saisie par un autre créancier, ou mise hors de la possession de l'acheteur, le vendeur pourra la suivre et la revendiquer *tanquàm rem suam*, quelque part qu'elle soit. Il en est de même du dépôt qui, quoique saisi, appartient toujours au propriétaire, qui l'a confié. *Venditæ res et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quàm si venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit. Instit. de rerum divis.* §. 41. *Quod vendidi non aliter sit accipientis, quàm si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum. L.* 19, *ff. de contrahendâ empt. Si dedi mercem meam vendendam, ex extat, videamus ne iniquum sit in tributum me vocari? Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enim vero, si non abiit, quia res venditæ non aliàs desinunt esse meæ, quamvis vendidero, nisi ære soluto, vel fidejussore dato, vel aliàs satisfacto, dicendum erit vindicare me posse. L.* 5, §. 18, *ff. de tribut. act.* Il est inutile de rapporter une foule d'autres loix qui viennent à l'appui de celles-ci.

Ainsi je vends une chose mobiliaire, sans fixer ni jour ni terme pour le paiement. Mon acheteur, qui ne m'a pas payé, vend la chose à un second acheteur, qui l'a payée de bonne foi ; ce second acheteur la vend encore à un troisième qui la

paie pareillement. Ces différens acheteurs ont des créanciers qui les font saisir, et enveloppent ma chose dans leur saisie. Je la revendique, attendu que, n'en étant pas payé, je n'ai pas cessé d'en être le propriétaire ; et ma revendication sera préférée aux droits des différens créanciers de tous ces acheteurs, privilégiés ou non.

Le second cas prévu par la coutume est celui où le vendeur a donné terme et jour pour payer. Cette circoustance, chez les romains, lui faisoit perdre sa propriété, et par conséquent son privilège. *Sed si is qui vendidit fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. Instit. de rer. divis.* § 41. Et la loi 19, *ff. de contrah. empt.* dont le commencement est rapporté plus haut, après avoir dit que la chose vendue n'appartient à l'acheteur qu'après qu'il l'a payée, ajoute, à moins qu'il n'ait fait quelque chose qui puisse équipoller au paiement, ou que le vendeur ne s'en soit rapporté à la bonne foi de l'acheteur, sans aucune garantie. *Vel etiam fidem habuerimus emptori, sine ullâ satisfactione.*

Mais, en France, nous ne suivons point cette subtilité romai e ; et l'on a toujours pensé, parmi nous, que le vendeur qui a donné terme, a le choix d'exiger la restitution de sa marchandise contre les créanciers de son acheteur qui l'ont saisie, ou de la laisser vendre par justice, à la charge de son privilège sur les deniers qui en proviendront : et s'ils ne se trouvent pas suffisans pour le payer, il a, pour le surplus, son action, mais comme créancier non privilégié, sur les autres biens du débiteur. On peut consulter Louet, lett. P, n. 19 ; Montholon, chap. 51, etc.

Mais, dans ce second cas, qui est celui de l'article 177 de la coutume, il faut observer que cet article fait encore une distinction qui est juste, et qui prévient beaucoup de trouble dans le commerce, Un marchand prend souvent des marchandises à crédit, et prend un terme pour payer. Ses marchandises se trouvent débitées avant que le terme qu'il a pris pour payer soit expiré. Si, dans ce cas, le vendeur originaire

avoit le droit de les revendiquer par-tout, aucun acheteur n'oseroit se présenter, sans être assuré que la marchandise qu'on lui vend a été payée. Ainsi, quand la chose est passée en main tierce, elle ne peut avoir de suite. Mais si elle est encore entre les mains du débiteur, le vendeur la réclame en nature, et est préféré, sur cet objet, à tous les autres créanciers, *tanquàm in re suâ ;* et ce créancier ne peut pas être forcé, pour raison des effets qu'il réclame, d'entrer dans l'accord, composition et remise faite entre l'acheteur et ses autres créanciers.

Mais cette préférence, qui est le privilège de la propriété du vendeur non payé, n'a lieu qu'à son profit et au profit de ses héritiers, auxquels il a transmis son droit de propriété. Mais il ne peut appartenir à aucun autre, pas même à la caution, quand même elle auroit payé, et se seroit fait subroger aux droits du vendeur.

Le motif de la propriété, qui doit être respectée dans tous les cas, doit faire aussi donner au vendeur des meubles la préférence sur le propriétaire qui a saisi pour les loyers de la maison où la chose vendue a été trouvée.

---

* 2 *Revue de législation, p.* 74. } Goods sold for cash and not paid for, when taken away, may be followed and claimed in the hands of the purchaser in an action of Revendication, provided the suit be instituted within eight days after the transaction, and that the goods have remained in the same state and condition in which they were taken. Aylwin vs. McNally, 1812, n° 340.

2001. Le rang de ceux qui ont le droit de gage et de rétention s'établit suivant la nature du gage ou de la créance. Ce privi-	2001. Creditors having a right of pledge or of retention rank according to the nature of their pledge or of their claim. This pri-

légre n'a lieu cependant qu'en autant que le gage ou droit de rétention subsiste, ou pouvait être réclamé au temps où la chose a été saisie, si depuis elle a été vendue.	vilege cannot however be exercised, unless the right is still subsisting, or could have been claimed at the time of the seizure, if the thing have been sold.

---

* *C. N.* 2102, cité sur art. 2000.

Voy.	*Pothier*,	*Propriété*,	cité sur art.	1052.
—	—	*Dépôt*,	—	1811.
—	—	*Vente*,	—	1546.
—	—	*Prêt à usage.*	—	1770.
—	—	*Charte, partie*,	—	2385.
—	—	*Louage d'ouv.*	—	1690.
—	—	*Mandat*,	—	1713.

---

* 18 *Duranton, Du Nantissement, nº* 507 *et s.* } 507. Le mot *gage*, en Droit, se prend tantôt d'une manière générale, et tantôt d'une manière spéciale, et c'est sous ce dernier rapport qu'il est pris dans ce titre du Code; tandis qu'au titre *des Priviléges et Hypothèques*, il est employé dans le premier sens, pour établir, en principe, que *tous les biens* d'un débiteur sont le *gage commun* de ses créanciers, qui ont le droit d'être payés sur leur produit par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes de légitime préférence, c'est-à-dire des priviléges ou des hypothèques: " Quiconque est obligé personnellement, est tenu de remplir " son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobi- " liers, présens et à venir. *Tous* les biens du débiteur sont le " *gage commun* de ses créanciers ; et le prix s'en distribue " entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les

" créanciers des causes légitimes de préférence. Les causes " de légitime préférence sont les priviléges et les hypothè-" ques (art. 2092, 2093 et 2094)." Au lieu que le gage pris dans son acception restreinte et toute spéciale, est le droit qu'a un créancier de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par préférence aux autres créanciers (art. 2073).

508. Cet article dit même par *privilége et préférence aux autres créanciers*, et toutefois cette cause de préférence n'est pas la même que celle d'où résultent les priviléges proprement dits, ceux que le Code qualifie ainsi ; car, d'après l'article 2095, le privilége est un droit que la *qualité de la créance* donne à un créancier, d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ; tandis que la cause de la préférence résultant du gage n'est pas la qualité de la créance, puisque toute créance peut valablement être assurée par un gage ; elle vient uniquement de la convention intervenue entre le débiteur et le créancier, avec la remise, à celui-ci, de la chose sur laquelle réside le gage. Au surplus, comme le résultat est le même, cela explique l'emploi de ce mot *privilége*, appliqué au droit de gage, et suivi immédiatement de celui de *préférence*, comme si le législateur, par cette espèce de redondance, eût cru devoir caractériser encore davantage l'effet du droit de gage. Nous voyons même le gage formellement classé parmi les priviléges, dans l'article 2102 du Code, au titre *des Priviléges*.

509. Il est hors de doute que ce privilége du créancier gagiste ne peut être primé par des priviléges spéciaux sur des meubles, si ce n'est par celui de l'ouvrier qui aurait fait des frais pour la conservation de la chose depuis qu'elle a été remise au créancier, et par celui des frais de justice pour parvenir à la vente du gage, à défaut de paiement, et sauf aussi le droit de revendication accordé au locateur, par l'article 2102, s'il y a lieu. Mais quand il se présente des créanciers munis de priviléges généraux sur les meubles, les opinions sont partagées sur la question de savoir si ces créanciers doivent primer les privilégiés sur certains meubles seulement,

par conséquent le créancier gagiste, comme ils priment, à défaut de mobilier, les privilégiés sur les immeubles (art. 2104 et 2105). Ce n'est point ici le lieu de discuter cette question ; nous nous bornerons, quant à présent, à dire que l'article 2073 accordant formellement, et sans aucune limitation, la préférence au créancier nanti *sur les autres créanciers* du débiteur, ce serait sans droit que les domestiques de celui-ci, et les fournisseurs, prétendraient devoir lui être préférés sur le produit du gage ; qu'il en est de même des frais généraux de justice, et peut-être aussi des frais funéraires eux-mêmes, malgré l'extrême faveur dont ils ont toujours joui. La possession des meubles, sous le Code, est généralement le titre le plus puissant, lorsqu'elle est de bonne foi ; elle l'emporte même, dans la plupart des cas, sur le droit de propriété lui-même (art. 1141 et 2279), et le droit de gage deviendrait facilement illusoire dans la main du créancier si une telle prétention devait prévaloir.

---

* *Troplong, Nantissement,* nos 96, 100, 296. } 96. Ce privilége donne au gagiste le droit d'être payé sur le prix de la chose de préférence aux autres créanciers. Il lui confère un droit réel, spécial et privilégié (1). Ce droit, qu'il tire à la fois du contrat et de la possession, fait sa cause différente de celle des autres créanciers, lesquels sont égaux en droit sur les biens de leur débiteur insolvable et déconfit. Comment ceux-ci pourraient-ils exiger que le gagiste vienne avec eux à contribution sur la valeur de ce meuble engagé, puisqu'il ne se trouve plus dans la possession du débiteur commun, qu'il ne fait pas partie des meubles dont il est saisi, qu'il ne lui appartient, en un mot, qu'imparfaitement et sous la condition d'être purgé (2) ?

97. Mais le gagiste n'a ce privilége qu'à la condition d'être saisi de la chose. Cette condition lui était imposée expressé-

(1) Brodeau, sur Paris, art. 181, n. 3.

(2) Brodeau, *loc. cit.*

ment par l'article 181 de la coutume de Paris. Elle est reproduite par l'article 2102, n° 2, du Code civil, et nous nous en occuperons spécialement dans le commentaire de l'article 2076. La possession lui est indispensable ; c'est cette possession qui retire la chose des mains du débiteur, qui la soustrait à l'action de ses créanciers, et la met à part et dans une situation privilégiée. " *Si inter plures creditores quibus debi-* " *tor res suas in solidum obligavit, quæstio moveatur, possiden-* " *tis melior est conditio* (1)." La possession est le fondement le plus sûr et l'indice le plus éclatant de son privilége. Sans elle, le créancier n'aurait aucune raison pour échapper à la loi de la contribution. C'est ce qui fait dire à Casaregis : " *Et similiter ob eamdem rationem, præferendus est pignorata-* " *rius super pignore quod habet in manibus* (2)."

98. Cette possession doit être certaine et non équivoque. Si elle était amblguë, si les choses avaient été arrangées de manière à tromper les autres créanciers et à leur laisser croire que le débiteur restait toujours possesseur, le gage périciliterait (3).

99. Mais cette possession doit-elle être une possession naturelle, réelle et actuelle ? Ne peut-elle pas être une possession civile ou virtuelle ?

Brodeau enseigne que la possession civile n'est d'aucune considération (4). Mais l'on verra dans notre commentaire de l'article 2076 que ceci ne saurait être admis sans explication (5).

Si, par exemple, on appelle possession civile celle qu'un négociant a d'une chose chargée sur un navire au moyen d'un connaissement passé à son ordre, Brodeau a tort ; car il est reconnu que le négociant prêteur, saisi d'un connais-

(1) L. 10, D., *De pignorib.*

(2) Disc. 120, n. 1 ; et disc. 56, n. 26.

(3) *Infrà*, n. 308.

(4) Sur l'art. 181 de la cout. de Paris, n. 4.

(5) *Infrà*, n. 309.

sement passé à son ordre, est gagiste possesseur, et qu'on ne peut lui refuser la rétention et le privilége (1).

100. Le privilége du gagiste est très favorable ; nous montrerons tout à l'heure qu'il faut en écarter tous les préjugés irréfléchis qui viennent s'écrier que les priviléges ont une couleur odieuse.

Il l'emporte, par exemple, sur le droit du vendeur non payé d'un meuble (2). C'est pourquoi un arrêt du parlement de Paris, du 10 mars 1587, a décidé que celui qui avait vendu une tapisserie à crédit ne pouvait pas la revendiquer sur le tiers à qui elle avait été donnée en gage par l'acheteur (3).

De même, si le vendeur non payé a expédié la marchandise sur le navire l'*Alexandre* pour les magasins de l'acheteur, et que celui-ci passe le connaissement à l'ordre d'un créancier qui lui aura prêté des fonds, ce dernier aura préférence sur le vendeur non payé (4).

296. Le contrat de nantissement ayant pour but de retirer une certaine chose des mains du débiteur pour la placer dans celles du créancier à titre de sûreté, il s'ensuit que le gage n'est véritablement parfait qu'autant que le débiteur s'est dessaisi, et que, par une tradition positive et incontestée, il a livré la possession de la chose au créancier (5). *Pignus à pugno*, disaient les jurisconsultes romains (6) afin de dépeindre cette appréhension manuelle qui est indispensable dans le gage. Que l'étymologie soit forcée, je l'accorde ; mais elle a été inventée pour répondre à une idée vraie. Il faut que la

(1) Rouen, 29 novembre 1838 (Devill., 39, 2, 34).

(2) Voy. l'art. 576 C. de commerce, qui déclare que le vendeur ne peut revendiquer qu'en payant les avances faites par le commissionnaire nanti.

(3) Brodeau, *loc. cit.*

(4) V. un arrêt de la Cour de Rouen du 29 novembre 1838 (Devill., 35, 2, 34, 35).

(5) *Suprà*, n. 97, 98.

(6) *Suprà*, n. 6.

chose passe en réalité du débiteur au créancier : *ad creditorem transit* (1); non pas que ce passage touche en rien à la propriété, car le gage n'a pas pour but de transporter la propriété (2); mais c'est un déplacement de possession (3), et ce déplacement est une condition essentielle du gage (4). *Simul traditur creditori;* ce sont les paroles des Institutes (5).

297. Il suit de là que si le créancier n'était pas saisi de la possession, il ne pourrait pas se présenter aux tiers comme investi de ce privilége qui fait la force de son droit. Il lui manquerait en effet un des éléments du gage, et avec cet élément le droit réel et le droit de rétention, qui en sont la conséquence et qui militent, le premier contre les tiers, le second contre le débiteur (6). Imparfait entre le créancier et le débiteur, comment le gage ne serait-il pas à plus forte raison insuffisant à l'égard des tiers, qui trouveraient la chose dans les mains du débiteur commun et auraient le droit de s'en emparer ?

298. A cette raison de droit se joint une raison de crédit privé qui a aussi sa valeur. Par sa dépossession, le débiteur fait sortir la chose de ses mains, et ce passage annonce aux tiers qui ont à traiter avec lui qu'il est appauvri de cette chose. Or, il est bon pour le commerce que ce déplacement ait une manifestation sérieuse (7); il montre la mesure du crédit du débiteur. Mais où en serait-on si le gage des choses mobilières pouvait se contracter sans tradition ? Que de fraudes ! que de dissimulations ! que de mécomptes pour les tiers (8) ! Nous disons donc deux choses : c'est qu'il faut que

(1) Ulpien, l. 9, § 2, D., *De pignerat. actione.*

(2) Florentinus, l. 35, § 1, D., *De pigner. act.*

(3) *Id. : Solam possessionem transfert ad creditorem.*

(4) *Pignus contrahitur traditione.* Ulp., l. 1, D., *De pigner. act. Junge* l. 9, § 2, D., *De pign. act.*

(5) *De act.*, § 7.

(6) *Suprà*, n. 97, 98.

(7) *Suprà*, n. 98, et *infrà*, n. 312.

(8) *Id.*

le débiteur se dessaisisse, et que de plus il doit se dessaisir ostensiblement, franchement, sans détour captieux, sans les combinaisons astucieuses qui trompent les tiers sur le véritable possesseur de la chose.

299. C'est pourquoi Brodeau exigeait que la possession du gagiste fût une possession " naturelle, réelle et actuelle du " gage, et non la possession civile, ficte, ou feinte et précaire, " et ce, sans fraude (1)." Mais il y a dans cette proposition de l'exagération. Pour se bien pénétrer de ce qu'elle a de trop absolu, il faut se reporter à ce que nous avons dit, dans notre commentaire de la *Vente*, de la distinction vulgaire des interprètes entre la tradition réelle et la tradition feinte (2). Si, sous l'influence de cette distinction, on appliquait avec docilité le système de Brodeau, il y a une foule de cas dans lesquels le crédit se trouverait privé des moyens les plus commodes de constituer le gage. Que deviendraient, par exemple, en matière commerciale, les constitutions de gage par la voie de la remise du connaissement et de la lettre de voiture? Il faudrait même aller jusqu'à repousser la tradition qui s'effectue par la remise des clés du magasin dans lequel la chose est déposée ; car il a plu aux interprètes de ranger ce mode de tradition parmi les traditions symboliques (3).

300. Il ne saurait en être ainsi. Nous avons démontré que la distinction entre la tradition réelle et la tradition feinte n'est pas vraie (4). Elle embarrasse la jurisprudence au lieu de l'éclairer ; elle porte la confusion au lieu de porter la lumière ; en la rejetant, nous rejetons la proposition de Brodeau, proposition du reste démentie par la pratique la plus constante et les textes les plus formels (5).

(1) Sur Paris, art. 181, n. 3. *Suprà*, n. 99.

(2) T. 1, n. 267.

(3) Mon comm. de ia *Vente*, t. 1, n. 267. *Junge* MM. Delamarre et Lepoitevin, qui partagent mon avis, t. 3, n. 234.

(4) *Loc. cit*, n. 274, nonobstant l'art. 1919 C. c. V. notre comm. du *Dépôt*, n. 21. *Infrà*, n. 315, 316.

(5) Arg. de l'art. 1919 C. c. Art. 93 du Code de commerce.

301. La tradition se compose de deux éléments : dépossession du débiteur qui possédait ; possession du créancier entre les mains duquel passe la chose.

Dans la plupart des cas, ces deux éléments marchent ensemble comme conséquence nécessaire l'un de l'autre. Le débiteur, en se dessaisissant, saisit en même temps le créancier ; si, par exemple, il lui remet la clé des magasins, cette remise opère du même coup la tradition complète, c'est-à-dire le dessaisissement du débiteur et l'investissement du créancier.

Du reste, comme nous le verrons plus tard, il faut que cette dépossession du débiteur soit sincère ; il ne faut pas qu'elle soit arrangée de manière à ne laisser au créancier qu'une vaine apparence de possession, et à conserver au débiteur le véritable maniement de la chose (1).

302. Quand l'objet donné en gage a un certain trajet à parcourir avant d'arriver dans les mains du créancier, les deux éléments dont nous venons de parler se montrent plus ouvertement avec leur caractère distinctif. Dans le commerce, où la consignation se donne si fréquemment de place en place, on les voit séparés par les lieux et par un trait de temps ; en sorte qu'il peut arriver que le débiteur soit dessaisi par l'expédition, sans qu'il soit constant que le créancier est saisi par la réception ou autre moyen équivalent.

303. En effet, l'expédition de la marchandise commence quand elle est sortie des magasins du débiteur et livrée au voiturier ou au capitaine de navire. Ce premier pas est indispensable (2). Mais la chose n'est pas encore, pour cela, dans la possession du créancier destinataire ; il faut de plus qu'elle soit à sa disposition dans un magasin ou dans un dépôt public. Toutefois, la saisine de celui-ci ne dépendra pas nécessairement de l'arrivée au lieu indiqué. Il serait nuisible aux

(1) *Infrà*, n. 312.

(2) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n. 281. MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 3, n. 136 et suiv.

intérêts du commerce de laisser la réalisation du gage en suspens pendant le temps de l'expédition ; ce serait empêcher la marchandise d'entrer dans la circulation comme valeur de crédit, et de devenir matière à sous-consignation. On remplacera donc la possession manuelle de la chose expédiée par l'envoi du connaissement ou de la lettre de voiture ; par-là, le créancier, ayant seul le droit de recevoir la chose, recevra le droit d'en disposer. Il en aura donc une possession réelle, certaine, exclusive ; la chose aura été retirée de l'actif du débiteur pour passer dans le sien, et c'est le cas de dire : *ad creditorem transit.*

Tel est le droit consacré par l'art. 93 du Code de commerce.

---

* 2 *Grenier, Hypoth.*, *n°* 298. } Le privilége absolu des créances énoncées dans l'art. 2101, sur tous les meubles quelconques du débiteur, ne paraît pouvoir être susceptible que d'une seule exception : elle doit avoir lieu respectivement aux effets mobiliers qui auraient été donnés en gage pour sûreté d'une créance, pourvu que le nantissement soit prouvé par témoins, lorsque cette preuve est admissible, ou que, dans le cas contraire, on ait observé les formalités prescrites par l'art. 2074, pour que le *nantissement* ou *gage* soit régulièrement constitué. Il y en a une raison particulière qui ne peut s'appliquer à aucun des autres priviléges ; c'est que le créancier à qui l'effet mobilier a été donné en gage, en est saisi ; et que ce dessaisissement ne peut s'opérer qu'autant qu'il est payé de sa créance. La saisine du créancier est nécessairement une suite de la dépossession du débiteur, d'après le Code civil. L'art. 2076 porte que, dans tous les cas, le privilége ne subsiste sur les gages qu'autant que ce gage *a été mis et est resté en la possession du créancier.* Il est dit dans l'art. 2079, que jusqu'à *l'expropriation du débiteur*, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage qui n'est, dans la main du créancier, qu'un *dépôt assurant le privilége de celui-ci.* L'article 2082 veut que le débiteur ne

puisse, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer *la restitution*, qu'après avoir *entièrement payé*, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette *pour sûreté de laquelle le gage a été donné.* Enfin, il est ajouté, dans le même article, que le créancier ne pourra être tenu *de se dessaisir* du gage, avant d'être entièrement payé, etc. Il y a donc eu dépossession du gage, à l'égard du débiteur ; l'objet n'est plus en son pouvoir ; le créancier en est saisi : pour que cette saisine cesse, il faut qu'il y ait *expropriation* de la chose contre le débiteur. Cette expropriation peut, en effet, arriver dans certains cas, ainsi que je le dirai dans la suite.

Or, on sent l'énorme différence qui résulte de ces principes particuliers au gage. Un privilége ne peut porter sur un objet qui n'est point au pouvoir du débiteur, et dont un tiers est investi, et doit demeurer tel jusqu'au payement. Aussi Basnage, chap. 9, quoiqu'il eût donné les plus grands avantages aux frais funéraires, comme on l'a déjà vu, et à quelques autres priviléges, soit sur les meubles, soit sur les immeubles, met encore par-dessus tout, le privilége sur le gage. Il se prononce contre des arrêts contraires, du parlement de Toulouse ; et il se fonde sur plusieurs lois, sur le sentiment de Mornac, sur celui de Chopin, et sur des arrêts d'autres parlemens.

Néanmoins il est à propos de remarquer que si, relativement au gage, des frais de justice deviennent nécessaires, ce qui arriverait dans le cas de l'art. 2078, ces frais de justice seraient préférés, sur le gage même, au créancier entre les mains duquel il aurait été constitué. La raison en est que, dans tous les cas, les frais de justice sont préférés, comme ayant eu pour objet la liquidation et la conservation de la chose.

---

* *Cout. de Paris*, *arts.* 181-182. } 181. Et n'a lieu la contribution quand le créancier se trouve saisi du meuble qui lui a été baillé en gage.

182. Aussi n'a lieu la contribution en matiere de dépôt, si le dépôt se trouve en nature.

---

* 1 *Ferrière, sur art.* 181 *C. de Paris.* } Par cet article, celui qui est saisi d'un meuble pour sûreté de ce qu'il a prêté au maître d'icelui, est préféré sur le prix d'icelui, à tout autre créancier qui feroit saisir entre ses mains, sur quelque privilege que sa dette fût fondée.

La raison est, qu'il est le premier saisi de la chose, et que par la constitution du gage il a acquis *jus in rem*, qu'il ne peut pas perdre sans son fait et son consentement, et par le droit qu'un autre pourroit avoir sur les autres biens du débiteur ; car le gage affecte et oblige tellement la chose au créancier, qu'un autre, quelque privilege qu'il ait, n'en peut pas prétendre un aussi grand ; ensorte même que celui qui auroit vendu un meuble pour un certain prix payable à terme, ne le pourroit pas revendiquer entre les mains du créancier, quoique le terme du payement fût échu, et que le débiteur se trouvât insolvable, comme il a été jugé par arrêt du 10 mars 1587, cité par Brodeau sur cet article.

Afin que le créancier jouisse du droit de préférence, il faut, suivant l'ordonnance de l'an 1673 touchant le commerce, article 8, qu'il y ait acte du prêt passé pardevant notaire, dont il y ait minute, et que cet acte contienne la somme prêtée, et les gages qui auroient été livrés et mis ès mains du créancier, à peine de restitution des gages, à quoi le créancier est contraignable par corps, et ce pour éviter les fraudes qui se peuvent facilement commettre par les débiteurs, par l'intelligence qu'ils auroient avec des personnes chez lesquelles ils mettroient leurs biens à couvert, sous prétexte d'argent prêté par obligation ou cédule sous signature privée, qui se feroit toujours en cas de besoin, comme il se faisoit avant cette ordonnance, ensorte qu'il suffisoit que le créancier justifiât sa dette par plusieurs arrêts remarqués par les commentateurs.

[ARTICLE 2001.]

Il faut encore, si c'est un marchand qui ait donné des marchandises en gage, qu'il les ait données à ce titre à son créancier, pour le moins six mois avant sa déroute ; autrement il y auroit lieu de présumer de l'intelligence entre le créancier et le débiteur, et la préférence cesseroit ; ce qui dépend beaucoup des circonstances que le juge doit bien examiner.

Le sens de cet article est, que si un dépôt se trouve en nature, et qu'il soit saisi avec les biens du dépositaire, le déposant le peut réclamer, ce qui ne souffre aucune difficulté. Au contraire, si le dépôt ne se trouvoit pas en nature, et que le dépositaire ne l'eût plus en sa possession, comme s'il l'avoit vendu, en ce cas le déposant n'auroit point de privilege sur les biens saisis du dépositaire, mais il viendroit avec les créanciers saisissans et opposans à contribution au sol la livre, parce que le privilege du dépôt ne passe point à la chose déposée.

---

* *Denizart, Actes de Notoriété, p.* 108-110. } Sur la Requête judiciairement faite par Me Lucas, Procureur de Messire Pierre Larcher, Conseiller du Roi, Président en la Chambre des Comptes; Messire Pierre Hebert, Chevalier, Seigneur de Bucq, Conseiller du Roi en ses Conseils, Maître des Requêtes ordinaire de son Hôtel, Messire Jean Gon, Chevalier, Seigneur de Vassigny, Conseiller en la Cour des Aydes, et Consorts, Créanciers et Directeurs des droits des autres Créanciers des maisons et biens d'Aluye et de Sourdis ; tendante à ce qu'il nous plût lui donner Acte de Notoriété, de l'usage qui s'observe au Châtelet de Paris pour la distribution du prix des meubles des successions entre les Créanciers des défunts.

Nous, après avoir communiqué aux Gens du Roi et aux anciens Avocats et Procureurs du Siége, et conféré avec les Juges, attestons, par Acte de Notoriété, que l'usage qui s'observe au Châtelet de Paris pour la distribution du prix des meubles et deniers d'une succession, est de payer, par préférence à tous créanciers, l'ouverture de la terre et le port du

corps du défunt, qui se liquide à une somme modique de vingt livres au plus (1); et ensuite les Propriétaires sont payés de ce qui leur est dû de loyers de maisons pendant tout le cours du bail, échus et à écheoir ; et en cas qu'il n'y ait point de bail, se payent seulement trois termes de lover et le courant ; et après les Propriétaires, se payent les Médecins, Chirurgiens, Apothicaires qui ont servi pendant la maladie seulement, et les gages des Domestiques pour une année échue au jour du décès, si tant il y a, et les frais de scellé et d'inventaire ; et ce par préférence aux autres créanciers, et par contribution entr'eux au sou la livre (2), en cas

(1) L'Acte de Notoriété du 24 Mai 1694 atteste que le privilége exclusif des frais funéraires n'a lieu que pour le port du corps, qui est 4 livres pour les quatre Ecclésiastiques, et pour l'ouverture de la terre, qui est de 10 liv. plus ou moins, suivant l'usage des Paroisses.

A l'égard des autres frais funéraires, l'usage est, suivant cet autre Acte, de donner une action privilégiée à ceux à qui ils sont dûs, pour s'en faire payer : mais ce privilége ne prime pas celui des Médecins, Chirurgiens, etc. il marche seulement d'un pas égal, avec le privil de ceux-ci, pour entrer dans la contribution dont je parle dans la note suivante.

On n'accorde pas même l'action privilégiée pour la totalité des frais funéraires du second ordre, quand ils sont somptueux et trop considérables : on ne la donne que jusqu'à concurrence de ce qui est de convenance et de décence.

(2) Dans l'usage actuel, les frais de vente sont privilégiés à toute autre espèce de créance, et se retiennent par l'Huissier qui a vendu.

Les frais funeraires du premier ordre, c'est-à-dire, le port du corps et l'ouverture de la fosse, sont ensuite payés ; après quoi, ce qui est dû au Roi pour Taille, Capitation, etc. est préferé à tout.

Les loyers se payent ensuite de la manière, et jusqu'à concurrence de ce qui est expliqué au présent Acte de Notoriété, et par celui du 7 Fevrier 1688.

Après ces créances acquittées, vient le Propriétaire des meubles, qui peut aussi en réclamer le prix, par préférence aux créanciers du defunt, et même aux créanciers privilégiés dont je vais parler.

Si les meubles appartenoient au défunt, les frais de scellé et d'inven-

que le prix ne soit pas suffisant pour les payer, et après lesdits privilégiés payés, tous les autres créanciers, tant chirographaires ou hypothécaires, que les Ouvriers qui ont travaillé, seront payés de leur dû, par contribution, sans aucun privilége (1). Ce que nous attestons être l'usage qui se pratique au Châtelet, dans tous les Jugemens qui se ren-

taire sont aussi privilégiés sur le prix qui en provient après les loyers et les autres créances ci-dessus prélevées.

Tous ces priviléges n'ont aucune concurrence entr'eux ; ils viennent par un ordre successif : mais il est d'autres créances qui, quoique privilégiées, ont une concurrence, et se payent par contribution au sou la livre, et par préférence aux créanciers chirographaires.

Tels sont les frais de la derniere maladie, dûs aux Médecins, Chirurgiens, Apothicaires et Gardes-malades.

Tels sont encore les gages dûs aux Domestiques pour la derniere année de leurs services ; le surplus de ce qui leur est dû, n'opere qu'une action chirographaire.

Telles sont enfin les sommes dûes au Boulanger, au Boucher et autres fournisseurs de nourriture pendant le temps pour lequel la Coutume leur donne action. V. les articles 125, 126, 127 de la Coutume de Paris, et les Actes de Notoriété du Châtelet des 15 Juillet 1713, et 10 Juin 1719.

Le privilége de chacun de ces créanciers, et des frais funéraires du second ordre, est égal. Ils sont payés par contribution entr'eux, en cas qu'il ne se trouve pas de deniers suffisans pour les payer tous.

On prétend que, lors de la distribution du prix provenu de la vente des meubles de la Marquise de Villeron, la Cour a jugé par Arrêt du 13 Mars 1739, que le privilége du Boulanger passeroit avant celui des Domestiques. Mais j'ai vu cet Arrêt et on ne peut pas en induire une pareille disposition : d'ailleurs il a été rendu sur appointement à mettre ; et toute la procédure sur laquelle il est intervenu, a depuis été déclarée nulle.

Duplessis dit que les Médecins, Chirurgiens et Apothicaires sont préférés aux Domestiques : mais l'usage est contraire ; et le présent Acte de Notoriété l'atteste. Au reste voyez ce que je dis ci-après sur l'Acte de Notoriété du 10 Juin 1719, et les Arrêts que je rapporte dans ma Collection, aux articles *Boulanger* et *Privilége.*

(1) L'usage est néantmoins d'ordonner que le poursuivant contribution sera payé par privilége des frais de la poursuite de contribution, même par préférence aux créanciers privilégiés.

dent sur cette matiere. Ce fut fait et donné, etc. le 4e jour d'Août 1692. *Signé*, LE CAMUS.

---

* 2 *Bourjon, Dr. Commun, Des Exécutions, Tit. VIII, p.* 691, *n° LXXXVIII et s.* } LXXXVIII. Le gage fait naître un autre privilege, mais limité. En effet, le créancier qui a pour sûreté de sa dette un effet en nantissement entre ses mains, est préféré sur icelui à tous créanciers sans aucune exception ; c'est la condition du crédit qu'il a fait, que les autres créanciers ne peuvent contester, les meubles n'étant pas sujets au droit de suite, et leur possession tenant à leur égard lieu de titre de propriété, sauf les deux limitations qui forment les deux propositions qui suivent.

Si qui contrahebant, ipsam mercem pignori acceperint, puto debere dici præferendos ; loi 5, §. 8, ff. *de tribut. act.* Sur la vente des gages, voyez Loyseau, du déguerpissement, liv. 3, ch. 6 et 7 ; disposition de droit sur laquelle l'article 181 de la coutume a été formé. Voyez le Prestre, cent. 1, ch. 89.

LXXXIX. Ce privilege cesseroit, si l'effet étoit furtif, et si le furt étoit juridiquement prouvé, le maître d'icelui le revendiqueroit valablement, le vice de furt le suivant en toute main ; de-là il faut conclure, que le créancier auquel auroit été donné un tel nantissement, n'auroit aucun privilege sur icelui, premiere limitation. C'est privilege qui l'emporte sur un autre, puisque même il n'a pu être donné, puisque c'est propriété conservée, à laquelle on n'a pu donner atteinte.

Arrêt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 130 ; et telle la jurisprudence du châtelet.

XC. Passons à la seconde limitation. Ce privilege cesseroit pareillement à l'égard du propriétaire de la maison louée par le débiteur, si le meuble donné en nantissement avoit garni la maison occupée par le débiteur, et que le propriétaire l'eût revendiqué ; on a vu ci-dessus que ce dernier avoit le droit de revendication, droit qui fait cesser celui qui pouvoit naître du nantissement.

On le juge ainsi au châtelet, conformément à ce que dit Duplessis, pag. 619, au sujet du droit de suite du propriétaire sur les meubles qui ont garni la maison.

XCI. Le droit privilégié que le nantissement produit a lieu, encore que le nantissement ne soit constaté par aucun écrit ; sa possession seule fait titre. De-là il s'ensuit que ce privilege doit avoir lieu, de même que s'il y avoit un écrit qui le constatât.

Cet effet de la possession par rapport aux meubles est attesté par Duplessis, en son traité des exécutions, liv. 2, pag. 618 ; et tel est l'usage du châtelet : l'ordonnance du commerce veut un écrit, mais cela ne se suit pas à la rigueur.

XCII. Par rapport à l'étendue et à l'exercice de ce privilege, le nanti du gage est cru à son serment jusqu'à concurrence de la valeur du nantissement, mais non au-delà ; cela est fondé sur ce qu'il a été confié en ce cas à sa bonne foi, et qu'on ne peut par conséquent le diviser, puisque la division de la déclaration n'est pas admissible en matiere civile ; mais pour le surplus, si plus lui est dû, il est regardé comme un créancier sans titre, c'est-à-dire, que le débiteur en est déchargé en affirmant ne le pas devoir.

Voyez le Maistre, tit. 6, ch. 1, pag. 208 ; et cela se juge ainsi au châtelet, et très-fréquemment.

2002. Les frais funéraires privilégiés comprennent seulement ce qui est de convenance à l'état et à la fortune du défunt, et se prennent sur tous les biens meubles du défunt.

Le deuil de la veuve en fait partie sous la même restriction.

2002. Privileged funeral expenses include only what is suitable to the station and means of the deceased, and are payable out of all his moveable property.

They include the mourning of the widow, within the same restriction.

* *ff. De religiosis, Lib. XI, Tit. VI,* } L. 14, § 1. Si colonus, vel
L. 14, § 1, *et L.* 45. } inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit undè funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, Pomponius scribit : et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. Sed et si res legatæ sint à testatore, de cujus funere agitur, nec sit undè funeretur, ad eas quoque manum mittere oportet : *satius est enim, de suo testatorem funerari, quàm aliquos legata consequi.* Sed si adita fuerit hereditas, res emptori auferenda non est : quia bonæ fidei possessor est, et dominium habet, qui auctore judice comparavit. Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnis ab herede præstari. Quod si non potest, *melius est legatarium non lucrari, quàm emptorem damno adfici.* (Ulpianus).

L. 45. Impensa funeris semper ex hereditate deducitur : quæ etiam omne creditum solet præcedere, cùm bona solvendo non sint. (Marcianus.)

Ibidem. } *L.* 14, § 1. Si le mort qu'il s'agit d'inhu-
Trad. de M. Hulot. } mer tenoit une terre à ferme ou une maison à loyer, et qu'il ne laissât rien pour payer les frais de ses funérailles, Pomponius écrit qu'ils seront pris sur les meubles et ustensiles qui garnissent la ferme ou la maison, et que ce qui restera répondra des loyers. Si le testateur qu'il s'agit d'enterrer ne laisse rien, et qu'il ait légué quelques effets, on s'en saisira pour les frais funéraires, parce qu'il vaut mieux que le testateur soit enterré de son bien que de faire gagner des legs à quelques personnes. Mais si la succession a été acceptée, on ne doit pas ôter l'effet légué à celui qui l'aura acheté, parce qu'il est possesseur de bonne foi, et qu'ayant acquis par autorité de justice, le domaine de la chose lui est transmis. Le légataire ne doit cependant pas être privé de son legs si l'héritier a de quoi l'indemniser. En tout cas, il vaut mieux que le légataire perde son legs que de faire perdre à l'acheteur le prix qu'il a donné. (Ulpien).

L. 45. On commence toujours par prélever sur une succession les frais des funérailles ; et ces dépenses sont privilégiées

sur toutes les autres dettes quand la succession n'est pas solvable. (MARCIEN).

---

* *ff. De privilegiis creditorum,* *Lib.* 42, *Tit.* 6, *L.* 2. } Quæsitum est, utrum ita demum privilegium habet funeraria, si is cujus bona veneunt, funeratus sit : an etiam si proponas alium esse funeratum ? Et hoc jure utimur, ut quicunque sit funeratus (id est, sive is cujus de bonis agitur, sive quid is debuit quod reddere eum, si viveret, funeraria actione cogi oporteret), privilegio locus sit. Parvique referre dicamus, qua actione hic sumptus repetatur, funeraria, an familiæ erciscundæ, an qua alia, dummodo sumptus funeris causa factus sit. Quacunque igitur actione ob funeris sumptum utatur, etiam funerariam ei competere. Quare si in stipulatum funeris impensa deducta est, dicendum est locum esse privilegio, si modo quis non abjiciendi privilegii causa stipulatus est. (ULPIANUS).

Ibidem. *Trad. de M. Hulot.* } On a demandé si les frais funéraires n'étoient privilégiés que dans le cas où ils auroient été faits pour la sépulture de celui même dont les biens sont à vendre, ou s'ils étoient également privilégiés dans le cas où ils auroient été faits pour la sépulture d'un autre ? Notre usage est de regarder ces frais comme privilégiés pour quelque personne qu'ils aient été faits, soit pour celui dont les biens sont en vente, soit en son acquit pour un autre à qui il devoit la sépulture, à raison de laquelle il pourroit lui-même, s'il vivoit encore, être attaqué en justice par l'action funéraire. Nous ajoutons qu'il est indifférent dans cette question d'examiner par quelle action on redemande ces frais, soit par l'action funéraire, soit par l'action en partage de succession, soit par toute autre action, pourvu que les frais soient véritablement funéraires. (ULPIEN).

---

* 2 *Ferrière, sur Cout. de Paris, p.* 1368 *et suiv.* } En troisiéme lieu, les frais funeraires, sur quoy voyez la Biblioteque de Bouchel *verbo* Distribution et le Dictionnaire de M. Brillon *verbo* Frais et *verbo* Crieurs.

Impensa funeris omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt l. 45. *ff. de Relig. et sumptib. funer.*

Ce privilege a lieu au préjudice de tous creanciers personnels et hypotequaires, comme il a été jugé par plusieurs Arrêts rapportez par M. Loüet et son Commentateur lettre C. nomb. 29. jusques-là même que si un locataire decede sans laisser d'autres meubles que ceux qui sont dans la maison que le défunt occupoit, l'action pour les frais funeraux précede le payement des loyers, *l. et si quis* 14. § *colonus. ff. de Religios. et sumptib. funer.* le maître et le proprietaire de la maison ayant dû prevoir cet accident et faire saisir les meubles de son locataire auparavant son décès.

Voyez ce que nous avons dit sur l'article 171. Glose troisiéme.

Mais on demande ce qu'on entend par frais funeraires, et s'ils doivent être restraints aux port du corps et ouverture de terre, ou à toutes les autres dépenses qu'il convient de faire par rapport à l'état et la qualité du défunt.

Quelques-uns ont prétendu que le privilege des frais funeraires devoient être reduits au port du corps et ouverture de terre, non pas à toutes les autres dépenses non necessaires ; parce qu'il ne seroit pas juste que des dépenses superfluës donnassent l'exclusion à des creanciers legitimes, ou qu'il seroit presque impossible d'empêcher les fraudes, comme il a été jugé par Arrêt du 19. Avril 1580.

Monsieur *** l'a toûjours jugé ainsi, et il en a donné un Acte de notoriété rapporté cy-dessus sur l'article 171. Glose troisiéme.

D'autres au contraire prétendent que le privilége des frais funeraires doit être accordé pour toute la dépense qui convenoit à l'état et à la dignité du défunt, ce qui paroît plus

conforme à la disposition des Loix Romaines, qui a été suivie et confirmée une infinité de fois par les Arrêts de la Cour.

En effet la Loy 45. au Digeste *de Religiosis et sumptibus funerum* dit, que *impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint.* et la Loy 12. §. 5. au même titre dit, que *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti,* et M. Denis Godefroy ajoûte sur ce paragraphe, *præter hæc attenditur consuetudo, in defuncti sumptibus faciendis,* et ainsi les Loix Romaines ont étendu le privilege des frais funeraires aux frais raisonnables, c'est à dire, aux honneurs funebres qui conviennent aux biens ou à la dignité du défunt.

Nos Coutumes ont adopté cette disposition, celle de Paris en l'article 238. charge le survivant Noble, de prendre les meubles, de payer les obseques et funerailles du défunt selon sa qualité, parce que dit Tronçon, c'est une espece d'injure quand le défunt est constitué en dignité *si modico sumptu sepeliatur.*

La pieté et l'humanité ne peuvent pas souffrir que le défunt soit privé de ce qui accompagne les obseques et funerailles des Chrétiens, selon la qualité de la personne decedée ; Brodeau art. 161. n. 23.

Les textes de Droit expliquent les ceremonies funebres qui étoient en usage chez les Romains, et l'on doit entendre sous ce terme de frais raisonnables, *si quid in delationem mortui, si quid in marmor vel vestes consumptum fuerit ; si qua vectigalia sunt et sacrophagi et vectura, l. 14. §. 3. et 4. l. 37. ff. de relig.*

Ces textes décident que les frais ausquels ces dépenses donnoient lieu, étoient tous privilegiez.

M. Domat, l. 2. liv. 1. tit. 1. sect. 11. en ses Loix Civiles dit, que ces mêmes textes doivent s'entendre des frais funeraires qui s'emploient aux usages reçûs parmy nous ; en interpretant la Loy 37. il appelle frais funeraires toutes les dépenses necessaires aprés la mort, soit pour embaumer les corps ou le transporter, ou pour les Services et honneurs funebres.

In actionem funerariam veniunt sumptus funeris causâ facti, veluti ad pompam exequiarum ad elationem corporis, c'est le sentiment de M. Cujas aprés avoir établi que l'action funeraire est privilegiée *obser. l. 2. chap.* 17.

Ces maximes sont si constantes que les Arrêts ont jugé que les habits de deüil de la veuve sont compris sous le terme de frais funeraires, et par consequent privilegiez. *Catellan. l.* 6. chap. 26. Loüet lettre V. somme 11. Brodeau *ibid.*

En effet la dette contractée pour tout ce qui accompagne les obseques et funerailles des Chrétiens, selon la qualité de la personne decedée, a plus de faveur et de privilege, est plus ancienne et plus necessaire que toutes les autres dettes privilegiées ce sont les termes de M. Brodeau sur l'article 161. de la Coutume nomb. 23. qui atteste que c'est l'opinion commune des Docteurs François, dans le cas même d'insuffisance et de déconfiture.

Il est donc certain que le privilege des frais funeraires n'est pas restraint aux frais absolument necessaires, qui seroient toûjours les mêmes pour toutes sortes de personnes, comme l'a prétendu Monsieur *** il faut dire au contraire qu'il s'étend à tous les frais qui sont faits pour le convoy et enterrement du défunt, selon son état et sa qualité.

Le §. 6. de la Loy 14. autorise encore cette proposition.

Actio funeraria ex æquo et bono oritur ; Il faut considerer de quelle maniere les choses se sont passées, si les ordres donnez ont été executez ponctuellement et de bonne foy : *funeris causa tantùm impensam continet*, ce qui fait partie des frais funeraires, se doit estimer *ex dignitate, ex causâ, ex tempore, et ex bonâ fide ; ut nequè plus imputetur quàm factum est nequè tantùm quantum factum est, si immodicè factum est,* il y a des regles de bienséance à observer, il y a des marques de dignité qu'on ne doit pas rétrancher, il doit y avoir de la difference entre les obseques d'un simple particulier, et ceux d'une personne constituée en dignité.

La jurisprudence des Arrêts a toûjours été conforme à ces principes.

[ARTICLE 2002.]

M. Brodeau et M. Auzanet sur l'article 161. de la Coutume en rapportent un du 7. Juin 1612. qui donne aux Jurez Crieurs privilege pour tous leurs frais, à l'exclusion du proprietaire de la maison pour ses loyers.

Il y en a un autre du 1. Decembre 1627. dont l'espece est décisive.

Le proprietaire, les Jurez Crieurs, et les domestiques, étoient en contestation au sujet de la preference de leur privilege, le prix des meubles ne se montoit qu'à quatre cens sept livres, la Sentence du Châtelet ordonnoit que le propriétaire seroit payé de deux cens livres, pour une année de loyer, et reduisoit ensuite le privilege des frais funeraires à quarante livres, par l'Arrêt au rapport de M. le Prêtre ; la Cour infirma cette Sentence et donna la préference aux Jurez Crieurs pour la somme de quatre cent dix-neuf livres, il en rapporte le motif en ses Arrêts de la Cinquiéme des Enquêtes ; parce que, dit il, les Jurez Crieurs sont préferables pour les frais necessaires et raisonnables.

Il y eut pareille contestation aprés le decés de M. Mammetz Procureur en la Cour, la Sentence reduisoit le privilege des Jurez Crieurs aux frais de l'enlevement du corps seulement, ordonnoit ensuite le payement des loyers, et le surplus payé aux Jurez Crieurs pour le reste de leurs salaires.

La Cour en infirmant la Sentence donna le privilege aux appellans pour tous leurs frais, par préference au proprietaire, l'Arrêt est du 29. Avril 1678. rendu sur les Conclusions de Monsieur le Procureur General, au rapport de Monsieur Robert.

La Cour a toûjours réjetté ces reductions du privilege des frais funeraires, et a toûjours donné aux Jurez Crieurs privilege pour tous leurs frais convenables aux obseques du défunt par rapport à son état et à sa qualité, et a infirmé plusieurs Sentences du Châtelet renduës au contraire.

Par Arrêt du 5. Septembre 1681. elle leur a donné le privilege entier qui étoit reduit par la Sentence dont étoit appel à la somme de cinquante livres.

La prétention du tuteur de Monsieur le Duc d'Estrées qui vouloit faire reduire à une somme de mille livres les frais du Service de Monsieur le Duc d'Estrées son pere, ordonné par la veuve, taxez à deux mille six cens soixante-dix huit livres a été reprouvée par l'Arrêt du 9. Juin 1704.

Les Sieurs de la Mark heritiers de la Dame leur mere, n'avoient été condamnez au Châtelet qu'au payement des frais de son enterrement, sauf l'action des Jurez Crieurs, contre le pere, pour un Service qu'il avoit ordonné pendant leur bas âge, et sans necessité à ce que disoit la Sentence.

Par Arrêt du mois de Janvier 1710. au rapport de Monsieur de Vienne, ils ont été condamnez à payer tant les frais de l'Enterrement, que ceux du Service.

Le 21. May de la même année au rapport de Monsieur Menguy, la Cour a encore infirmé une Sentence du Châtelet, qui reduisoit le privilege des frais funeraires du Sieur de Belloq, à une somme de cinquante livres, elle l'a accordé aux appellans pour une somme de deux cent dix-huit livres, à laquelle ils avoient été taxez.

L'Arrêt d'ordre des biens de la maison de Choiseul du 31. Mars 1711. au rapport de Monsieur Laurenchet, jûge encore la même chose.

La Dame de Clerambaut poursuivante, soutenoit la reduction du privilege aux frais necessaires, et que des creanciers hypotequaires qui perdoient considerablement ne devoient pas supporter les frais de la pompe funebre d'un Duc et Pair, que les Crieurs devoient se pourvoir pour le surplus contre la veuve qui l'avoit ordonné pour se faire honneur et à la memoire de son mary.

Cependant la Cour leur a accordé un privilege même sur le prix des immeubles pour tous les frais qui avoient été faits.

Enfin, par Arrêt du 16. Mars 1712. la Cour a confirmé le privilege des frais funeraires sur les biens de Monsieur le Marquis de Bellefond par préference de ses domestiques creanciers d'une année de leurs gages.

* 2 *Bourjon, Des Exécutions, Tit. VIII, p.* 687, *n° LXVIII et s.* } LXVIII. On a dit ci-dessus que les frais funéraires l'emportoient sur le privilege du propriétaire, mais pour ce qui est de nécessité seulement ; il faut voir ici l'effet de ce privilege par rapport aux autres créanciers.

Voyez la loi 45, ff. *de relig. et sumpt.* Elle fonde ce privilege, mais avec les limitations qui suivent. Voyez les deux dernieres citations, sur la derniere proposition du §. premier.

LXIX. Ils sont préférables aux autres privilégiés, et ont à leur égard plus d'étendue que contre le propriétaire, car on ne les réduit pas à ce qui est de nécessité ; mais on les réduit seulement à ce qui est de convenance et de raison : ainsi ce privilege réduit dans ces justes limites, militant contre les créanciers privilégiés, le propriétaire excepté, à plus forte raison milite-t-il contre les autres créanciers non privilégiés. La coutume n'a pas parlé de ce privilege ; mais il est de droit, et de droit justement adopté.

Duplessis, pag. 620, dit que ce privilege l'emporte sur celui du propriétaire, ce qui n'est pas absolument exact ; ils ont un autre privilege, qui est que la veuve et les enfans en sont tenus, nonobstant leur renonciation. Arrêt du 9 juin 1704, rapporté par Augeard, tom. 2, ch. 62, pag. 403. Sur leur privilege contre les créanciers voyez Bacquet, des droits de justice, ch. 21, n. 275 ; et la loi citée sur la premiere proposition de ce paragraphe.

LXX. Cette réduction qui se fait par le juge a lieu, encore qu'il n'y ait aucun créancier privilégié ; il suffit pour cela qu'il n'y ait pas de quoy payer tous les créanciers, auquel cas on les réduit à ce qui a été convenable et de bienséance ; les créanciers, quoique non privilégiés, méritent cette faveur.

C'est à quoi le lieutenant civil les réduit, soit qu'il y ait créanciers privilégiés, soit qu'il n'y en ait pas ; et à l'égard du propriétaire ce privilege ne milite que pour ce qui est de nécessité.

LXXI. Passons à d'autres privileges. Les médecins, chirurgiens et apothicaires, pour les visites, pansemens et médicamens faits et fournis pendant la derniere maladie, viennent par privilege sur les meubles après les privilégiés ci-devant

expliqués, remplis ; il en est de même des gardes-malades pour la derniere maladie, des domestiques pour la derniere année de leurs gages, et des bouchers, boulangers, rotisseurs, et marchands de vin, pour les fournitures de la derniere année ; mais leur privilege ne s'étend pas sur le recouvrement des dettes actives presque toujours inconnues, c'est le bien apparent qui a été l'objet de leur privilege ; et comment l'auroient-ils sur ce recouvrement, lorsque le propriétaire qui les prime ne l'a pas ? Mais tous ces créanciers ont tous un privilege égal sur les meubles de leur débiteur ; égalité qui produit sur le prix un concours entr'eux : concours dont on va expliquer les effets. A l'égard des médecins et chirurgiens, qui alleguent que la derniere n'étoit qu'une suite d'une précédente, on ne doit pas les écouter lorsqu'il y a eu convalescence marquée par la sortie du défunt.

Pour les médecins, chirurgiens et apothicaires, ce privilege n'a lieu que pour les visites et médicamens pendant la derniere maladie ; Lapeyrere, let. P, addition à la décision 108, pag. 333. Voyez sur ces privileges Duplessis, pag. 620 ; mais le propriétaire et les frais funeraires, sont privilégiés à tous les privileges mentionnés dans la proposition. Voyez Louet et Brodeau, let. F, chap. 4, et let. C, ch. 29 ; Bacquet, des droits de justice, chap. 21 ; et Charondas, sur l'art. 171 de la coutume. Quant au privilege accordé aux domestiques pour les gages à eux dus, il n'a lieu que pour l'année échue et la courante, leur action se prescrivant par le laps d'un an, suivant l'art. 127 de la coutume, formé sur l'ordonnance de 1510.

LXXII. S'il y a insuffisance pour les satisfaire tous, l'égalité, le concours de leur privilege les réduisent au droit commun ; et ce qui reste des deniers de la vente après les frais d'icelle prélevés, après le paiement des frais funéraires réglés comme dessus, et après que le propriétaire de la maison est satisfait, se contribue entre ces privilégiés à proportion de leur créance : contribution qui ménage tout ensemble, et leur privilege, et le montant de leur créance, puisque c'est à proportion d'icelui qu'ils y entrent ; d'où il s'ensuit évidemment, que s'il y a de quoi les satisfaire tous, ils doivent être remplis de tout leur dû avant que les autres créanciers non

privilégiés pussent rien prétendre, leur privilege les rendant préférables à eux ; mais les privileges mentionnés dans la quatrieme proposition de ce paragraphe ne l'emportent pas sur celui du vendeur qui a privilege, comme on va l'expliquer par le paragraphe qui suit, non sur la masse, c'est-à-dire, sur tous les deniers provenans de la vente, mais seulement sur la chose par lui vendue, sur le prix de laquelle il les prime, parce que sans le crédit par lui fait, elle ne se seroit pas trouvée parmi les biens du débiteur.

Voyez le paragraphe qui suit : ni ne l'emporte sur les effets que le débiteur a recueillis, comme héritier d'un défunt, sur lesquels les héritiers de la succession sont préférés à tous créanciers, le propriétaire de la maison excepté, et ce par le privilege de la séparation de biens, sur lequel on peut voir Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, quest. 27 ; le Brun, des successions, pag. 602, n. 11 et suivans, et le titre du ff. *de separat. bon.*

---

* 2 *Bacquet* (*Ferrières*), *Droits de Justice*, *ch.* 21, *n*° 273, *p.* 293 *et* 294. } Après sont pris les frais des obseques et funerailles du defunt, lesquels sont arbitrés par le Juge selon la qualité et facultez du défunt ; et sont payez auparavant le loyer de la maison en laquelle le defunt estoit demeurant et est decedé : suivant le texte formel *in l. at si quis paragr. si colonus ff. de relig. et sump.* où il est dit, *si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sic unde funeretur, ex invectis et illatis eum funerandum esse Pomponius scribit : et si quod superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri, leg. impensa funeris, l. si quis sepulchrum. parag. sumptus. ff. eod. Cum reip. intersit, ne corpora maneant insepulta. l. si quis parag. editum. ff. eo.* et les frais funeraux sont declarez *in l. funeris sumptus.* au mesme tiltre : à sçavoir les frais des services et enterremens, comme torches, cierges, salaires de Crieurs, et autres semblables frais, non pas les magnificences et pompes funebres, comme il sera dit cy-après.

Les frais funeraires sont preferez aux loyers : c'est une dette qui precede toutes les autres, *impensa funeris omne cre-*

ditum solet præcedere, *cum bona solvendo non sunt*, *l. impensa*, *ff. de religios. et impens. funer.* c'est le sentiment de Charondas et de Brodeau sur l'article 161. de la Coutume de Paris, *num.* 23. c'est l'opinion commune des Docteurs ; ce qui semble neanmoins faire quelque difficulté, d'autant que comme remarque Brodeau *loco citato*, le proprietaire a une hipoteque tacite et legale sur les meubles qui lui tiennent lieu de gage et de nantissement : Et qu'au contraire celui qui a payé et avancé les frais funeraires, n'a aucune hipoteque, soit expresse ou tacite, mais un simple privilege : Or les creanciers personnels, quoique privilegiez, ne viennent jamais en concurrence avec les hipotequaires, et ceux qui ont un droit réel, par le moyen des gages qu'ils ont pris, ne sont point preferables aux creanciers personnels et privilégiez.

C'est par cette raison que par l'article 181. le creancier qui a le gage entre ses mains, n'est point obligé de venir à contribution avec les autres creanciers, mais il est preferé à tous autres creanciers, sur quelque privilege qu'ils soient fondez ; et puis qu'en concurrence de deux privilegiez, celui dont le privilege est le plus fort est preferable à l'autre, *l. privilegia. ff. de privileg. credit.* on pourroit dire, que le proprietaire est preferable aux frais funeraires : outre que la Coustume accorde le privilege au proprietaire, et ne parle point des frais funeraires ; il est vray qu'il est establi sur la loy pénultiéme *ff. de Religios. et sumptibus funer.* mais Accurse et les autres Docteurs estendent ce privilege sur les creanciers simples personnels, et à l'égard des choses sur lesquelles ils n'ont point d'hipoteque.

Pour les frais funeraires, on dit que les privileges s'estiment, *non ex tempore*, *sed ex causa l. privilegia ff. de rebus autorit. judic. possidend.* et que comme il n'y a point de dette qui soit plus favorable, puisqu'elle a esté contractée pour les obseques et funerailles par un motif de Religion, d'humanité, de charité et de pieté envers les défunts ; c'est la disposition du droit Romain, *Paul. lib.* 1. *sententiar. tit.* 21. §. 4. *tot. tit. ff. et Cod. de religios. et sumptibus funer. l.* 17. *ff. de*

rebus autorit. judic. possid. l. 4. Cod. de petit. hæred. et l. 2. de privil. credit.

Accurse sur la loy 2. *ff. de privileg. credit.* et sur la loy penult. *ff. de Relig. et sumptib. funer.* tient que ce privilege a lieu non seulement entre les creanciers personnels, mais aussi entre ceux qui ont hipoteque expresse ou tacite ; il se fonde sur la loy 14. *parag.* 1. *ff. de religios. et sumptib. funer.* en ces termes : *si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus sit, nec sit unde funeretur, ex invectis et illatis eum funerandum Pomponius scribit, et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri :* Il n'y a personne qui n'ait interest dans ce privilege, puisque chacun doit mourir, et qu'il s'agit de l'interest public, il doit estre preferé à l'interest de quelques particuliers. Papinian *in leg.* 43. *ff. de religios. et sumptib. funer.* dit que *funeris impensa omne creditum solet præcedere, cùm bona solvendo non sunt propter publicam utilitatem in memoriam humanæ conditionis, ne insepulta jaceant cadavera.*

C'est le sentiment commun des Docteurs François ; de Chopin sur le titre 8. de la Coustume de Paris, *num.* 3. de Charondas et d'autres ; Brodeau *loco citato*, remarque un Arrest confirmatif de la Sentence du Prevost de Paris, donné au profit d'un fils, lequel ayant avancé les frais funeraires de son pere, et depuis renoncé à sa succession, poursuivoit la repetition d'iceux sur les meubles delaissez après le deceds de son pere contre le proprietaire opposant pour ses loyers, laquelle lui fut accordée.

Il y a un autre Arrest donné au rapport de Monsieur le Prestre du 1. Decembre 1627. au procès d'entre Pierre Regnault Juré Crieur, appellant d'une Sentence donnée par le Prevost de Paris le 12. May precedent, et Pierre Davole Tuteur de Paulin Cadot, proprietaire d'une Maison sise au fauxbourg Montmartre, intimé d'autre ; par lequel il a esté jugé, que ledit Crieur estoit preferable pour les frais necessaires par lui fournis pour l'Enterrement et Service d'un défunt au proprietaire d'une Maison, sur les deniers procedans de la vente des meubles trouvez en la maison du défunt :

attendu que tous frais des obseques l'emportent sur tout autre privilege : il n'en est pas de même des habits de deuil, attendu que l'heritier en est tenu.

Les Medecins, Chirurgiens et Apoticaires sont preferez au proprietaire pour les drogues, peines et vacations fournies en la derniere maladie ; par la raison qu'ils marchent de pas égal avec les frais funeraires ; Monsieur Louet, lettre C. *num.* 29. rapporte un Arrest du 8. Février 1596. par lequel la Cour prefera un Chirurgien à tous autres creanciers, et mesme à la veuve pour ses conventions matrimoniales : et ce mesme Auteur en rapporte un autre au profit d'un Apotiquaire en 1580. par lequel il fut preferé à tous autres creanciers pour les medicamens fournis au défunt pendant sa derniere maladie. Brodeau au mesme lieu en rapporte deux, le premier du 7. Septembre 1613. fut donné aux Enquestes sur un appel du Prevost de Paris, qui a jugé la mesme chose au profit des heritiers d'un Apotiquaire.

Le second donné au rapport de Monsieur le Prestre en la cinquiéme Chambre des Enquestes, les autres consultées le 12. Mars 1611. confirmatif de la Sentence du Prevost de Paris, par lequel la Cour a jugé que le droit de preference pour les Apotiquaires a lieu, non seulement sur les meubles entre les creanciers chirographaires, mais aussi sur les deniers provenans de la vente et adjudication des immeubles contre les creanciers hipotequaires. Ce qui avoit esté jugé par un autre Arrest du 28. Février 1604. comme remarque cet Auteur.

Le privilege des Medecins, Chirurgiens et Apotiquaires, est tiré de la loy *impensæ* 45. *de religios. et sumptib. funer. l. divortio. parag. impendit. l. si filius famil.* 61. *ff. sol. matri. l.* 2. *princ. ff. de privil. credit. l.* 2. *C. de Relig. l. si necessarias* 8. *in princ. ff. de pignor. act. l.* 4. *de petit. hæred.* mais il n'a lieu que pour les drogues et salaires employez dans la derniere maladie ; la raison est, que les medicamens fournis en la derniere maladie, semblent faire partie des frais funeraires, selon la loy 4. *Cod. de petit. hered. quod te in mortui infirmita-*

tem inque sumptum funeris bonâ fide et ex proprio tuo patrimonio erogasse probaveris; et la loy 3. *Cod. de religio. quod in funus vel morbum ejus erogasse probaveris.*

On prétend par la mesme raison, que ceux qui ont fourni des vivres au défunt pendant sa derniere maladie, sont preferez à tous autres creanciers : parce qu'ils ont esté obligez de suivre la foy du debiteur, et attendre ou qu'il fût decedé, ou revenu en santé.

Les salaires des Medecins, Chirurgiens et Apotiquaires sont si privilegiez, et si favorables, qu'il a esté jugé, que la veuve nonobstant sa renonciation à la communauté, peut estre poursuivie et contrainte au payement, par Arrest donné aux Enquestes le 9. Août 1615. remarqué par Monsieur Auzanet en sa Note sur l'article 179. de la Coustume de Paris.

---

* *Pothier*, *Proc. civ.*, *p.* 170. } Lorsque ce sont les meubles de la succession d'un défunt qui sont saisis, le privilege des frais funéraires obtient le premier rang, immédiatement après ceux dont nous venons de parler ; cette créance est même préférée aux loyers sur les meubles qui exploitent l'hôtel. *Voyez les notes sur l'Acte de notoriété du* 4 *Août* 1692.

Mais il paroît par un autre acte de notoriété du Châtelet de Paris du 24 Mai 1694, contre les Jurés-Crieurs de la même ville, que le privilege sur le prix des meubles d'une succession a été restreint par l'usage au port du corps, et à l'ouverture de la fosse, qu'on appelle frais funéraires *du premier ordre :* le surplus des frais funéraires, qu'on qualifie *du second ordre*, ne se paie que par contribution avec les créanciers privilégiés, au sol la livre, et par privilege à l'égard des autres créanciers non privilégiés.

Ce qui est dû pour la derniere maladie aux Médecins, Chirurgiens, Apothicaires, Gardes, est aussi une créance privilégiée, qui paraîtroit aller d'un pas égal avec les frais

funéraires ; je pense cependant que dans l'usage elle n'est placée qu'après.

Duplessis ne place ce privilege qu'après le maître d'hôtel, ou de métairie, et c'est ce qui paroît avoir lieu au Châtelet de Paris, suivant l'acte de notoriété du 4 Août 1692, ci-dessus cité ; néanmoins cela peut souffrir difficulté.

---

* *Lacombe, v^is Frais funéraires, p.* 296. } Sont préferables aux loyers, Ar. 7 Juin 1612. Auz. sur Par. 161. Ar. 1 Décemb. 1627. le Pr. ès Ar. de la 5e même les nécessaires et raisonnables sont préférés à tous créanciers, même au Roi, Ar. Cour des Aydes 22 Janvier 1694. *J. Aud.*

L'action des Jurés-Crieurs est annale, Ar. 28 Juillet 1693. *J. Aud.*

---

* 1 *Pigeau, Proc. civ., Liv.* 2, *Part.* 4, *Exéc. du Jugt., Tit.* 2, *ch.* 3, *p.* 685. } Les frais funéraires, c'est-à-dire, ceux de premiere nécessité, lesquels passent avant tous les autres, même les loyers; mais ceux qui sont faits au-delà, sont rejetés dans la seconde classe ci-après, pour être payés par concurrence avec les créances qui y sont désignées ; il n'est pas juste que les créanciers paient une dépense faite souvent par esprit de luxe ; c'est encore beaucoup qu'on la range dans cette seconde classe : nous en parlerons lorsque nous serons à cet article.

Ces frais de premiere nécessité se reglent par les juges, suivant la qualité du défunt : au Châtelet, on les fixoit autrefois à 20 liv. au plus, suivant un acte de notoriété de ce tribunal, du 4 août 1692 ; mais on les a depuis quelques années liquidés assez souvent à une somme plus considérable, et quelquefois à 75 liv.

---

* *Loyseau, Des Offices, Liv.* 3, *ch.* 8, *n°* 23-50. } 23. Elle a lieu aussi és frais funeraux, *l. Et si quis.* §. 1. *et l. penult. D. De religiosis. et sumpt. fun.* esquels sont compris, ou concou-

rent les frais de la derniere maladie, comme salaires de Medecins, Apothicaires et Barbiers.

50. Or quand je parle du privilege special, qu'a le fisque sur l'Office comptable, je n'entens pas parler de ce privilege general qu'il a sur tous les biens de ses debiteurs, que nous appellons en France *le privilege des deniers Royaux.* Car j'estime, qu'en consequence de l'art. 179. de nostre Coustume, tous privileges generaux cessent en la déconfiture, horsmis celuy des frais funeraux, et ce qui en dépend, comme gages de serviteurs, parties d'Apothiquaires, etc. qui sont preferez *intuitu pietatis*, par dessus toutes autres debtes. Comme notoirement en la déconfiture le pupille n'est pas preferé pour le *reliqua* de son compte, ny la femme pour la restitution de son dot ; ce qui a esté jugé par plusieurs Arrests.

---

* 7 *Guyot, Rep., v[is] Frais funéraires, p.* 543-4. } Frais funéraires, se dit de ceux qui se font pour l'inhumation d'un défunt ; ce qui comprend les billets d'invitation, la tenture, la cire, l'ouverture de la terre, l'honoraire des prêtres, et autres Frais nécessaires et usités, selon la qualité des personnes.

L'annuel ou anniversaire ne fait pas partie des Frais funéraires.

Mais le deuil de la veuve et des domestiques qui sont à son service sont compris dans ces Frais.

Ils ne se prennent point sur la masse de la communauté, mais seulement sur la part du défunt et sur ses autres biens personnels.

Ils ne sont point à la charge du légataire universel seul, mais il y contribue avec les héritiers, chacun à proportion de l'émolument.

Les Frais funéraires sont privilégiés sur les meubles, et doivent être payés par préférence à toute autre créance, même à celle du propriétaire de la maison que le défunt habitoit. Ils ne se passent néanmoins qu'après les Frais de jus-

tice. Au surplus, ce privilége ne s'étend qu'à ce qui est nécessaire pour l'inhumation, selon la qualité de la personne, et non à des superfluités.

A défaut de meubles, le privilége résultant des Frais funéraires peut être exercé sur le prix des immeubles. C'est en conformité de cette jurisprudence que, par arrêt du 7 août 1685, les jurés-crieurs ont été reçus opposans à l'ordre du prix des biens de la maison de Vendôme, où ils n'avoient été colloqués que comme simples créanciers, et il a été ordonné qu'ils seroient payés par privilége.

Par un autre arrêt du 21 juin 1707, le conseil a pareillement jugé que ces officiers devoient être payés par privilége sur le prix des meubles, pour les Frais funéraires du duc de Gêvres, et en cas d'insuffisance, sur le prix des immeubles.

On a jugé différentes fois que les Frais funéraires pouvoient être demandés aux enfans qui renonçoient à la succession de leur père et de leur mère, sauf leur recours contre la succession.

Lorsqu'un mari et une femme se sont fait un don mutuel, le survivant est obligé d'avancer les Frais funéraires du prédécédé. C'est nne disposition de l'article 286 de la coutume de Paris.

---

* *Troplong*, *Privil.*, *n°* 74-75-76-134-135. } 74. Ce que j'ai dit des frais funéraires s'applique aux frais de dernière maladie. On peut consulter ce que dit Loyseau (1) pour prouver qu'ils doivent primer les loyers, et Pothier est enclin à adopter cette opinion (2). S'ils priment les loyers, ne doivent-ils pas primer aussi la créance du gagiste ? Un motif d'humanité n'élève-t-il pas une voix puissante en leur faveur ?

Les autres priviléges généraux, étant fondés sur des raisons pareilles d'humanité, devront par identité prendre rang avant le gagiste.

(1) Offices, liv. 3, ch. 8, n. 50.

(2) Procéd. civ., p. 194.

C'est en vain qu'on voudrait argumenter en faveur de ce dernier de l'art. 2073 du Code civil. Ce texte n'en dit pas plus que l'art. 2095. On convient que le gagiste, ayant un privilége, doit être payé avant les autres créanciers; mais cela ne veut pas dire qu'il sera payé avant tous créanciers privilégiés. L'art. 2073 ne parle que des créanciers simples, de même que l'art. 2095.

Ce que je viens de dire du gagiste milite avec une égale force contre la créance de l'aubergiste, du voiturier et de ceux qui ont le privilége sur le cautionnement.

75. MM. Persil et Dalloz se prévalent beaucoup des art. 661 et 662 du Code de procédure civile. " D'après ces deux " articles, disent-ils, le locateur dans une poursuite en con- " tribution, peut se faire payer de tous les loyers qui lui sont " dus, même par préférence aux frais de poursuite, qui sont " frais de justice. Ne résulte-t-il pas de là que le locateur " prime les frais funéraires, les frais de dernière maladie, " etc.? Or, ce que ces articles établissent pour les loyers " s'applique aux autres créances de l'art. 2102, puisque les " raisons sont les mêmes, et qu'à l'égard de presque toutes " la préférence est accordée en faveur du droit de gage qu'a " le créancier ou de la possession qu'il a obtenue."

J'ai déjà répondu à cet argument par les observations que j'ai présentées *suprà*, nº 65. MM. Persil et Dalloz s'attachent avec une docilité trop servile à la lettre des art. 661 et 662 du Code de procédure civile.

Et comment ne voient-ils pas qu'à force de vouloir trop prouver, ils ne prouvent rien ? Quoi ! le privilége du locateur serait préférable aux frais funéraires ! Mais l'humanité n'est-elle donc rien ! Et n'est-il pas même dans l'intérêt du locateur que sa maison soit débarrassée du corps du défunt, afin que sa propriété ne devienne pas un repaire infect et qu'il puisse l'utiliser ?

76. Appelée à se prononcer sur cette question, la cour royale de Paris a donné la préférence à l'opinion que je combats. M. Favard-Langlade a montré, avec beaucoup de

raison, combien sont légères les raisons contenues dans son arrêt qui est du 27 novembre 1814 (1). Je me bornerai à dire qu'il est assez étrange que cette cour assure que "*jamais* "*l'on a prétendu que les frais funéraires* et les gages des do" mestiques fussent préférés au privilége particulier du propriétaire." Mais oublie-t-elle la loi 14, § 1, D. De relig., qui est si formelle ; l'autorité de Brodeau (2), de Chopin (3), de Charondas (4), qui étend sa décision aux frais de dernière maladie, de Loyseau (5), de Basnage (6), de Pothier (7), etc. ?

La cour de Rouen a jugé aussi, par arrêt du 17 juin 1826(8), que le privilége des gens de service est primé par celui du propriétaire et du vendeur, par la raison que le privilége spécial affecte davantage la chose ; mais cette cour est revenue à l'opinion contraire et seule véritable par un arrêt postérieur du 12 mai 1828 (9). C'est aussi dans ce dernier sens que se sont prononcées les cours de Limoges dans un arrêt du 15 juillet 1813, et de Pothiers dans un arrêt du 30 juillet 1830 (10). Je citerai enfin un arrêt de la Cour de cassation, du 14 décembre 1824, qui donne au privilége général de la douane la préférence sur le privilége spécial du vendeur à la grosse (11). Les considérans opposent avec une sorte de soin la généralité du privilége de la régie à la spécialité du privilége du prêteur, et il semble résulter de ce rapprochechement, que c'est à cause de la vertu que lui donne la généralité que le privilége du trésor a été préféré à celui du prêteur à la grosse.

(1) Sirey, 16, 2, 205. Dalloz, Hypoth., p. 82.
(2) Art. 161, Cout. de Paris.
(3) Cout. de Paris, chap. 20, n. 273, 275.
(4) Cout. de Paris, art. 172.
(5) Offices. liv. 3, ch. 8, n. 50.
(6) Hyp., *passim*.
(7) Procéd. civ., p. 196 et suiv. Orléans, t. 20, n. 116.
(8) Dalloz, 22, 2, 4.
(9) D. 29, 2, 61.
(10) Dalloz, Hyp., p. 81 ; et 1831, 2, 90.
(11) D. 25, 1, 9.

134. Les vieux monuments de notre jurisprudence prouvent qu'en France les lois romaines sur la préférence des frais funéraires furent reçues avec plus de docilité. Loyseau, qui écrivait à une époque où l'on suivait encore les principes du droit romain sur les priviléges, assimile les frais de sépulture à une créance accompagnée d'hypothèque privilégiée (1). Plus tard, et lorsque les priviléges acquirent dans notre jurisprudence une supériorité non contestée sur les hypothèques, celle des frais funéraires, sur tous les autres priviléges, fut moins douteuse que jamais. Elle est enseignée par Basnage (2), par Pothier (3), Delacombe (4), Bourjon (5), et une foule d'autres jurisconsultes rappelés ci-dessus, nº 76.

Néanmoins, Basnage parle d'un arrêt du parlement de Paris, qui abjugea la préférence au locateur, au préjudice d'un marchand qui avait fourni les habits de deuil et frais des obsèques. Mais il est douteux que dans cette espèce il s'agit véritablement de ce qu'on doit appeler frais funéraires. Au reste cette décision est critiquée avec raison par Basnage, en tant qu'elle aurait abjugé la préférence sur les frais funéraires. Mais, quoi qu'il en soit de cet arrêt, on voit par cet historique de notre droit français, si la cour royale de Paris a été bien fondée à dire dans un arrêt du 27 novembre 1814 (6), *qu'on n'a jamais prétendu que les frais funéraires fussent préférés au prévilége spécial du locateur ! ! !*

135. Il faut maintenant expliquer quelles sont les sommes qu'on peut proprement appeler frais funéraires, et qui jouissent du privilége. Car il ne faut pas croire que tout ce qui est dépensé pour l'inhumation soit privilégié.

(1) Off., liv., ch. 8 n. 23.

(2) Hyp. ch. 9.

(3) Procéd. civ. p. 193, et Orléans, Int., t. 20, § 9, n. 117.

(4) Vº Frais funéraires.

(5) Droit commun. t. 2. p. 687, n. 64.

(6) Dalloz, Hyp., p. 82. *Suprà*, n. 76.

Les lois romaines offrent à cet égard des documens précieux.

Indépendamment de l'obligation imposée par la loi des Douze-Tables, d'éviter un luxe dispendieux dans les funérailles (1), les jurisconsultes s'étaient appliqués à faire connaître par des décisions spéciales ce qui devait entrer dans les dépenses des funérailles, et donner lieu à l'*action funéraire* dont il est parlé au titre du Dig. *de relig. et impensis funer.*

Par la loi 12, § 6, il est dit que les frais funéraires doivent être arbitrés selon les facultés et la dignité du défunt. " Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate " defuncti."

La loi 14, § 6, dit que l'action funéraire ne doit être accordée que pour les *impenses*, c'est-à-dire les dépenses nécessaires, et non pas pour les dépenses de luxes appelées *sumptus.*

Cet même loi 14 explique dans plusieurs de ses §§ quelles sont les *impenses* qui doivent être allouées.

Ce sont d'abord les sommes dépensées pour le transport du corps, *in elationem mortui*, et pour disposer le lieu de l'inhumation à recevoir le cadavre. " *Si quid in locum fuerit* " *erogatum* in quem mortuus inferetur, funeris causâ videri " impensum Lebeo scribit, quia necessario locus paratur in " quo corpus conditur (2)."

Ce sont aussi les frais du sarcophage (3).

Et les dépenses faites pour la garde du corps avant sa conduite au lieu de la sépulture (4), et pour le revêtir de la robe mortuaire que les anciens avaient coutume de mettre sur le défunt (5).

Du reste, tout ce qui est luxe, ornemens et monument n'est pas alloué à titre de frais funéraires (6).

(1) Cicer., *De legib.* lib. 2.
(2) L. 14, § 3 et 4. *De relig.*
(3) L. 37, D. Idem.
(4) L. 37 et 14, § 4. Idem.
(5) L. 14, § 7. Idem.
(6) L. 14, § 5, et 37, § 1. Idem.

[ARTICLE 2002.]

En France, il a toujours été d'usage de ne comprendre dans les frais funéraires proprement dits que ce qui était indispensable pour la sépulture.

Un acte de notoriété du châtelet de Paris du 4 août 1692, fixait ces frais à une somme de 20 livres; mais il n'était pas suivi, d'après Pothier, qui enseigne qu'on s'en rapportait au juge pour arbitrer les frais, en égard à la qualité du défunt (1).

Pothier cite, dans son traité sur la procédure, un autre acte de notoriété du châtelet, du 24 mai 1694, portant que le privilége des frais funéraires était restreint *par l'usage* au port du corps et à l'ouverture de la fosse ; c'est là ce qu'on appelait frais funéraires *du premier ordre ;* que le surplus des frais funéraires, qu'on qualifiait de *second ordre*, ne se payait que par contribution avec les créanciers privilégiés, et par privilége à l'égard des autres créanciers non privilégiés (2).

Je pense que cet usage ne pourrait être suivi aujourd'hui, et qu'il serait difficile de scinder les frais funéraires en deux portions jouissant de priviléges différens. La loi ne leur assigne qu'un privilége unique, qu'un seul et même rang.

J'ai peine à croire d'ailleurs qu'on n'allouât pas les frais du sarcophage, de garde du cadavre, et du service religieux qui accompagne l'inhumation, pourvu toutefois que ces dépenses fussent modestes et proportionnées à la qualité et à la fortune de la personne. Les lois romaines me paraissent un guide plus sûr et plus raisonnable que les actes de notoriété dont parle Pothier (3).

(1) Orléans, introd., t. 20, § 9, n. 117.

(2) Procéd. civ., p. 194.

(1) Les frais occasionnés par les prières et le service funèbre dits *la neuvaine* et du *bout de l'an* ne sont pas privilégiés. Arrêt d'Agen du 28 août 1834 (Dalloz, 33, 2, 152. Sirey, 35, 2, 426).

2003. Les frais de dernière maladie comprennent ceux des médecins, des apothicaires et des garde-malades pendant la maladie dont le débiteur est mort, et se prennent sur tous les biens meubles du défunt.

[Dans le cas de maladie chronique, le privilége n'a lieu que pour les frais pendant les derniers six mois qui ont précédé le décès.]

2003. The expenses of the last illness include the charges of the physicians, apothecaries and nurses during the illness of which the debtor died, and are taken out of all the moveable property of the deceased.

[In cases of chronic disease, the privilege avails only for the expenses during the last six months before the decease.]

---

* *C. L.* 3166, 3167. } 3166. On entend par dernière maladie celle dont le débiteur décède. Ce sont les frais de cette dernière maladie qui jouissent du privilége.

3167. Mais si la maladie dont le défunt était attaqué et dont il est mort était une maladie chronique, dont les progrès ont été lents, et qui n'a conduit le malade à la mort qu'après un long temps, on ne comptera l'époque qui donne ouverture au privilége que de l'instant où le mal est devenu tellement grave qu'il a empêché le défunt de vaquer à ses affaires, et l'a forcé de garder le lit ou la chambre.

---

* *C. des Etats Romains, art.* 65. } Les frais de la dernière maladie sont ceux du médecin, du chirurgien, du pharmacien et du service de la personne du malade.

Dans le cas de maladies chroniques, le privilège ne s'applique qu'aux seuls frais des six mois qui ont précédé le décès.

Voy. autorités citées sur art. 2002.

* *Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, n° 1076 et s.* } 1076. Ce privilége a été dicté par une pensée d'humanité. Un débiteur obéré se serait peut-être vu refuser les soins que réclame son état de maladie, si ceux auxquels il les demande n'avaient pas été sûrs d'être payés.

Le privilége est attaché aux frais quelconques de la dernière maladie ; il garantit donc, non seulement la créance du médecin, mais aussi celle du pharmacien, des gardes, de tous ceux en un mot qui ont concouru à traiter ou à soulager le malade.— En cas d'insuffisance des biens du débiteur pour régler tous les frais de sa dernière maladie, la loi dit que ceux à qui ils sont dus sont payés par concurrence ; proposition inutile, parce qu'elle a déjà été formulée dans l'art. 2097.

Que faut-il entendre par *la dernière maladie ?* Un parti important dans la doctrine soutient que c'est exclusivement la maladie qui a conduit le débiteur au tombeau ; de sorte que, si un débiteur tombe en faillite ou en déconfiture, les frais de la dernière maladie, qui a précédé même immédiatement cet événement et qui peut-être y a donné naissance, ne seraient pas privilégiés. On refuserait ainsi au médecin qui a sauvé son malade un privilège que l'on accorde à celui qui l'a laissé mourir. Et quelle serait la raison de cette singularité ? C'est que, dit-on, la tradition est en ce sens, et il n'est pas probable que le législateur ait voulu s'en écarter.—Mais d'abord, on a élevé des doutes sur le point de savoir si notre ancien droit restreignait le privilège aux frais de la maladie dont le débiteur était mort. Quoi qu'il en soit d'ailleurs sur ce point, il est remarquable que notre loi moderne emploie une formule moins restrictive que celle de notre ancien droit qui déclarait privilégiés les frais *de dernière maladie*, tandis que l'art. 2101 dit : les frais *de* LA *dernière maladie*. Or, si les mots *frais de dernière maladie* paraissent ne comprendre que les frais de la maladie dont le débiteur est mort, les mots *frais de* LA *dernière maladie* peuvent très bien être entendus comme désignant la dernière maladie que le débi-

teur a faite avant l'événement, quel qu'il soit, décès, faillite ou déconfiture, qui donne lieu à la distribution des deniers. Quand le code civil veut faire allusion à la maladie qui a entraîné la mort, il dit lui aussi *frais* DE *dernière maladie* (v. art. 385).— Sur cette question, la doctrine est divisée ; la jurisprudence paraît se former dans un sens contraire à l'opinion que nous avons admise. Tribunal de Saint-Jean-d'Angély, 1er décembre 1881, Sir., 82, 2, 119.

Que décider, si la dernière maladie du débiteur était une maladie chronique qui s'est prolongée pendant plusieurs mois, plusieurs années peut-être ? Tous les frais de cette longue maladie seront-ils privilégiés ? En présence de la généralité des termes de la loi, il paraît difficile d'admettre ici d'autre limitation que celle résultant de la prescription (v. art. 2272). Le médecin, le pharmacien... pourraient donc réclamer le privilège de toute la partie de leur créance qui n'est pas éteinte par la prescription.— Ceux qui pensent que le privilège n'existe que pour les frais de la maladie dont le débiteur est mort, admettent en général que les frais ne deviennent privilégiés qu'à dater de l'époque où la maladie a pris un caractère particulier de gravité permettant d'entrevoir la mort du débiteur comme un événement prochain.

Ce sont seulement les frais de la dernière maladie du *débiteur* qui sont privilégiés, et non ceux de la dernière maladie d'une ou plusieurs personnes dépendant de la famille dont il est le chef. La loi ne parle pas ici de la famille du débiteur, comme elle le fait à propos du privilège qu'elle accorde pour les fournitures de subsistances. Cela nous semble décisif.

1077. Celui qui a prêté les fonds nécessaires pour payer les frais funéraires ou ceux de la dernière maladie, ou qui a payé lui-même directement ces frais en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires, le tout sans stipuler la subrogation, est-il subrogé de plein droit, pour le remboursement de ses avances, au privilège attaché à la créance dont il a procuré ou effectué le paiement ? Nous ne le pensons pas. La

subrogation légale ne peut avoir lieu que dans les cas exprimés par la loi, et il n'y a pas de texte qui l'accorde dans cette hypothèse. Autre serait le cas où une tierce personne, s'étant engagée comme caution au paiement des frais funéraires ou des frais de la dernière maladie, aurait payé en cette qualité : elle jouirait alors du bénéfice de la subrogation légale en vertu de l'art. 1251-3°.

2004. Les taxes municipales qui sont préférées à toutes les autres créances privilégiées ci-après mentionnées sont les taxes personnelles et mobilières que certaines municipalités peuvent imposer et celles auxquelles des lois spéciales donnent semblable préférence.

2004. The municipal taxes which rank before all other privileged claims hereinafter mentioned, are limited to taxes on persons and personal property imposed by certain municipalities, and taxes to which a like privilege is attached by special statutes.

2005. Le privilége du locateur s'étend à tout le loyer échu et à échoir en vertu d'un bail en forme authentique; si le bail n'est pas en forme authentique, le privilége n'existe que pour trois termes échus et pour tout ce qui reste de l'année courante.

2005. The privilege of the lessor extends to all rent that is due or to become due under a lease in authentic form; if the lease be not in authentic form, the privilege can only be claimed for three overdue instalments and for the remainder of the current year.

---

* *Denizart, Acte de Notoriété, 7 avril* 1702, *p.* 224-5. } *Quelle est la préférence qu'on accorde au Propriétaire d'une maison, pour les loyers, sur le prix des meubles qui la garnissent, quand il y a un bail.*—Du 24 Mars 1702.

Sur la Requête judiciairement faite par Me Jean-François Fourré, Procureur de Toussaint Bellanger, Notaire au Châtelet de Paris, qui a dit qu'étant en procès avec les Créanciers de Louis du Bois, Marchand Drapier, Locataire d'une maison appartenante au Suppliant, sise en cette Ville, rue grande Fripperie, sur l'opposition qu'il a formée à la vente de ses meubles, et sur la demande qu'il a faite en conséquence, à ce qu'il fût payé par préférence, non-seulement des loyers échus, mais encore des loyers qui écherroient jusqu'à la fin du bail qu'il lui en a fait pardevant Notaires, sauf aux créanciers à faire leur profit de ladite maison, et à la relouer pendant le restant dudit bail, si bon leur semble ; et comme cette demande est contestée, et que l'on prétend, nonobstant ledit bail, faire vendre les meubles qui garnissent les lieux, et font la sûreté des loyers qui écherront pendant le restant dudit bail : pour raison de quoi le Suppliant est actuellement en procès au Grand-Conseil ; c'est pourquoi il nous auroit présenté sa Requête, à ce qu'il nous plût lui donner Acte de Notoriété de l'usage qui s'observe au Châtelet de Paris, lorsque de pareilles contestations surviennent, pour lui servir audit procès, ce que de raison.

Nous, après avoir pris l'avis des anciens Avocats et Procureurs, communiqué aux Gens du Roi, et conféré avec les Conseillers de ce Siége, attestons que, suivant la Coutume, lorsqu'il n'y a point de bail, le Propriétaire est préféré pour trois termes et le courant (1).

(1) Le Maître, sur la Coutume de Paris, titre 8, ch. 3, " estime que le " Propriétaire doit être préféré pour tous ses loyers, sans exception ". Lange, dans le Praticien François, titre des Saisies-Exécutions, tient que le Propriétaire n'a de privilége que pour l'année courante et la précédente, mais ces avis ne sont pas suivis ; on observe au contraire très-exactement les maximes établies par le présent Acte de Not. et par celui

Il en est de même, lorsque le bail est sous signature privée (1).

Mais lorsqu'il y a un bail authentique, le Propriétaire est préféré pour tout le cours du bail, sauf aux autres créanciers à faire leur profit des loyers, jusqu'à concurrence du prix de la vente des meubles. Ce que nous attestons, par Acte de Notoriété, être l'usage qui se garde et s'observe au Châtelet. Ce fut fait et donné, etc. le 24 Mars 1702. *Signé*, LE CAMUS.

---

* *Pothier, Proc. civile,* p. 171-2. } Le privilege de Seigneur d'hôtel, de métairie et de rente fonciere ne dure que tant que les meubles y sont ; s'ils les ont laissé sortir, ils sont censés avoir renoncé à leur privilege : mais si le locataire, ou fermier, les a délogés à l'insçu du maître d'hôtel, ou métairie, celui-ci conserve son privilege, pourvu qu'il les suive, dans un bref délai, dans l'endroit où ils ont été transportés ; l'usage a réglé ce délai à huit jours, pour les meubles enlevés des maisons de ville, et à quarante jours, pour ceux enlevés des métairies, à compter du jour de l'enlevement.

Si le Seigneur d'hôtel, ou de métairie, ne les arrête pas dans ce temps, quand même il auroit ignoré l'enlevement, il est déchu de son privilege ; au contraire, s'il les suit dans ce délai, il conserve son privilege, même contre un maître d'hôtel, chez qui le locataire seroit allé loger ; car son locataire n'a pu les obliger, ni les donner en nantissement au

donné sur la même matiere le 7 Fév. 1688, sur lequel j'ai aussi fait quelques remarques. V. aussi, ci-après, un autre Acte de Notoriété du 1[er] Septembre 1716.

(1) A moins que ce bail n'ait été reconnu en Justice avant la saisie ou contrôlé. On distingue donc le privilége résultant d'un bail authentique de celui qui naît d'un bail sous seing-privé, parce que les écrits de cette derniere espece n'ont point de date certaine, et qu'on peut frauder des créanciers légitimes par le moyen d'une antidate, et les présomptions de fraude cessent, quand le bail est reconnu avant la saisie.

nouveau maître d'hôtel au préjudice du droit qu'a le premier, tant que ce droit subsiste, *res priori obligata posteriori obligari non potest.*

---

* 20 *Isambert, Anc. lois franç., p.* 407, *nº* 1792. } Acte de notoriété duquel il résulte que suivant la coutume de Paris, lorsqu'il n'y a pas de bail, ou lorsque le bail est sous seing privé, le propriétaire est préféré pour trois termes et le courant ; lorsqu'il y a bail, le propriétaire est préféré pour tout le cours du bail, sauf aux autres créanciers à faire leur profit des loyers, jusqu'à concurrence du prix de la vente des meubles.

---

* 2 *Couchot, Le Praticien, p.* 22-23. } Dans la Déconfiture, il y a des dettes privilegiés qui n'entrent point dans la contribution. Le Poursuivant est d'abord colloqué pour être païé par préference à tous Creanciers, des frais de Justice. Les frais funeraires vont ensuite, lorsque les effets mobiliers dont il s'agit de distribuer le prix, ont été saisis sur la succession d'un défunt. Mais dans les successions obérées où il n'y a pas de quoi païer ler autres Privilegiez, l'usage du Châtelet est que les frais funeraires ne passent par préference que pour une somme modique, comme de 20. livres ou environ. Le proprietaire de la maison ou celui qui le represente, est ensuite colloqué pour le prix du bail s'il y en a un ; et s'il n'y en a point, ou s'il est sous signature privée, il n'est privilegié que pour trois termes et le courant, ainsi qu'il a été ci-devant observé, et entre pour le surplus des loïers dans la contribution. Le Proprietaire des heritages a aussi un privilege sur le prix des fruits qui ont été recuëillis sur ses heritages, après le Proprietaire de la grange où ils sont enfermez. Ensuite vont les frais de la maladie, et les Domestiques sont les derniers privilegiez pour les gages qui leur sont dûs.

---

* 2 *Bourjon, Dr. Com.*, p. 684-5. } LII. Voyons dans son étendue le privilege du propriétaire. S'il n'y a pas de bail, le propriétaire ou principal locataire de la maison dans laquelle étoient les meubles qui ont été vendus n'est privilégié que pour trois termes et le courant lors de la saisie et exécution, et pour tous ceux échus depuis, et le terme à écheoir depuis la vente ; le défaut de bail refferre son privilege à ce que dessus, avec d'autant plus de raison que sa patience après trois termes et son inaction sont en quelque façon inexcusables ; si il lui est donc dû davantage, c'est à lui-même à qui il doit imputer quant à ce la perte de son privilege. Il est cependant vrai de dire que cette limitation a peu de racine dans le droit ; c'est une conséquence, mais très-éloignée, qu'on a tirée de l'art. 163 de la coutume, par rapport aux terres et héritages de la campagne : le privilege sur les meubles n'étoit pas admis par le droit civil ; mais nos mœurs l'ont admis indistinctement, ce qui est plus régulier.

C'est suite de la disposition du droit civil ; telle est la jurisprudence des sentences de la chambre civile. Le Maître, tit. 8, ch. 3, pag. 211, estime que le propriétaire a privilege pour tous les loyers à lui dus, ce qui est rejetté au châtelet, dans le cas qu'il n'y a pas de bail, et ce qui me paroît rejetté avec justice. En effet, il ne seroit pas juste de confondre et de mettre au niveau celui qui n'a point de bail avec celui qui en a un ; mais suivant les circonstances ne seroit-il pas quelquefois de l'équité d'étendre le temps de ce privilege ? Observez que quand on a dit que cela est une suite, mais éloignée, de la disposition du droit civil et de la coutume, on n'a entendu parler que des loyers des maisons des villes, par rapport auxquelles le droit civil admet le privilege seulement ; distinction que nous n'admettons pas.

LIII. Passons au second membre de la distinction. Lorsqu'il y a un bail, le privilege du propriétaire sur les meubles et les deniers qui en proviennent, comprend tous les loyers échus, et tous ceux à écheoir pendant le cours du bail, et pour toutes les charges d'icelui ; ce titre doit avoir exécution, et justifie l'inaction, par rapport aux loyers échus, ou du moins il la rend excusable : en ce cas le privilege ne doit

donc pas être limité. Telle est la jurisprudence fondée sur ce que la loi ne distingue pas.

Le privilege *super invecta et illata* est général ; par l'arrêt rapporté par Louet, let. F, n. 4, jugé que le propriétaire avoit privilege lorsqu'il avoit un bail, non-senlement pour la derniere année, mais pour tout ce qui étoit échu. Voyez Carondas, sur l'article 172 de la coutume ; l'on le juge ainsi au châtelet, mais il seroit à souhaiter qu'on mît une borne à ce privilege pour les loyers à écheoir, sans prendre pour ce le bail pour guide, ce qu'on développe par la quatrieme proposition de ce §.

---

* 2 *Ferrière*, *Cout. de Paris*, *p.* 1264, *n°* 23. } La préference du proprietaire n'a pas lieu seulement pour les loyers, mais aussi pour les réparations locatives.

C'est l'avis de Brodeau sur l'article 161. *num.* 15. de M. Auzanet sur cet article 171. selon la Loy 2. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. non solùm pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpâ suâ inquilinus, invecta et illata pignori erunt obligata.*

Les réparations *locatives*, sont les âtres et contrecœurs de cheminées, les trous qui sont aux planchers et aux degrez, les vitres cassées, les gonds des portes et fenêtres, les clefs, et autres choses semblables.

Il en est de même des charges du bail, soit ordinaires, comme est le payement des taxes pour les pauvres, les lanternes, les bouës, le pavé, les fortifications et autres ; ou extraordinaires, pour lesquelles les meubles sont affectez et obligez par privilege special, comme il est porté par l'article 162. en ces termes : *pour ledit loyer et charges de bail.*

[ARTICLE 2005.]

* 20 *Déc. du B. C., p.* 30 *et p.* 466. *Earl* & *al. vs. Casey et Boisseau, opp.*	SUPERIOR COURT. QUEBEC.

Before Bowen, C. J. Duval and Caron, Justices.

No. 703.

Earl, *et al*.............................. ...*Plaintiffs.*
vs.
Casey..*Defendant*,
and
Boisseau......................................*Opposant.*

Landlord and Tenant—Privilege.—Casey's personal estate was seized and sold;

He had had the use and occupation of Boisseau's premises since May, without any lease;

Boisseau claimed a privilege for the then current quarter, expiring on the 1st August, and for the three quarters to become due on the first May following;

Held:—That he had a privilege for the whole year, the quarter due the 1st August, and the three quarters to become due the 1st May following; in other words, that in Quebec, the privilege of the landlord extends to the expiration of the current year.

Locateur et Locataire.—Privilége.—Les meubles de Casey avaient été saisis et vendus;

Il avait eu l'usage et l'occupation d'une propriété de Boisseau depuis le mois de Mai, sans bail;

Boisseau réclamait un privilége pour le quartier alors courant, expirant le 1er Août, et pour trois quartiers à courir jusqu'au 1er Mai suivant;

Jugé:—Qu'il avait un privilége pour toute l'année, pour le quartier dû le 1er Août, et pour les trois quartiers qui deviendraient dus le 1er Mai suivant; en d'autres termes, que le privilége du propriétaire, dans la ville de Québec, s'étend à toute l'année courante.

Judgment rendered the 15th December, 1853.

In this case the proceeds of Casey's personal estate were brought into Court for distribution among his creditors.

Boisseau, by an opposition *afin de conserver*, claimed, by privilege *de seigneur d'hotel*,—1st £37 10 0, as for rent, for the use and occupation of certain premises by Casey, for three months expiring on the 1st August 1853; 2d £112 10 0, for nine months to expire on the 1st May, 1854. The material allegations of this opposition of Boisseau, were as follows:

That Casey was indebted to Boisseau in the sum of £37 10 0,

for one quarter's rent, expiring on the 1st August, 1853, and in a further sum of £112 10 0 for three quarters to become due on the 1st May next, 1854, for the use and occupation of certain premises belonging to Boisseau, and that the said Boisseau had a privilege for both sums.

The Prothonotary, by his draft or *projet* of distribution, had collocated Boisseau, by privilege, as follows : " 1st For " the sum of £37 10 0 for one quarter's rent due on the 1st " day of August, 1853, for the use and occupation of the " premises described in his opposition ; 2d For the sum of " £112 10 0 for three quarters of rent to become due and " owing the 1st day of May, 1854, for the use and occupa- " tion of the same premises."

Tyre *et al*, creditors of Casey, admitted the privilege of Boisseau, to the amount of £37 10 0 for the rent due on the 1st August, 1853, but contested his right to be paid for the rent that might become due for the period to elapse, to wit: from the 1st August 1853 to the 1st May, 1854.

The grounds of this contestation were stated as follows:

1st " Because the said Pierre Boisseau is not entitled to be " paid the sum of £112 10 0, or any part of it, out of the " proceeds of the sale in this cause."

2d " Because the said Pierre Boisseau is not entitled to be " paid the said sum or any part of it by privilege."

3d " Because the said Pierre Boisseau has no right to be " collocated for any sum beyond the £37 10 0 allowed him " in the said report."

Upon this law issue, the parties were heard.

The questions which were submitted to the Court, to be determined, were :

1st Had Boisseau a privilege, and, if so, what privilege, there being no lease, either verbal or written, but a mere implied lease founded upon the usage of the place ;

2d Were the allegations of the opposition of Boisseau sufficient to entitle him to such a privilege, as the one allowed him by the report of distribution ;

3d Does the privilege of a landlord extend to the rent of the whole year, in this particular case, to wit: to the first quarter due, and to the three other quarters to become due thereafter ;

4th Is the privilege of the landlord limited only to three quarters due and expired, and to the current quarter, or *terme courant ;*

5th What must be understood in Quebec by the words " *terme courant* ;

Such were the points argued in this case, and which were determined by the Court, in favor of the Opposant claiming a privilege for the whole year, Caron, Justice, *dissentiente.*

Caron, Justice :—I regret to have to differ from the decision of the majority of the Court. The point to decide is : what is the privilege of a landlord for rent to accrue, when there is no written lease, nor even a verbal lease, but a mere implied lease resulting from the use and occupation of the premises ? In this case, the personal estate of Casey was seized in July, before the first quarter had become due, and while this first quarter was still current : however, Boisseau claims a privilege for the entire year, to wit for the current quarter, and the three quarters to become due. The creditors of Casey have contested his claim and collocation for the rent to accrue. The majority of the Court are of opinion that this contestation is ill fonnded, and are in favor of Boisseau's privilege : I am of a contrary opinion. I hold that the landlord has only a privilege for three quarters rent due, and the current quarter ; in other words, for nine months due, and for the three months running, or current quarter.

It is a mistaken idea to understand by the words *terme courant*, the duration of the lease, which, according to the particular usage of the City of Quebec, is always for a year, when there is no contrary stipulation. In Paris, every lease expires every three months, when not otherwise stipulated; so that when the authors speak of *terme courant*, they speak

of a period of three months; the words *terme courant* and *quarter* must here be understood as synonymous, when applied to the privilege of the landlord. Hence, *trois termes échus et le terme courant*, which are the words of the law, are there quarters due and the current quarter. If the words *terme courant* meant the duration of the lease, in Quebec, they would mean the year, and in that sense, to be logical and consistent, the privilege should be allowed for three years and the current year: this cannot be. If there were three quarters in arrears, I would grant a privilege for them and for the current quarter; but in this case there are no arrears due, and I am of opinion that the privilege of Boisseau for the current quarter only, should be maintained, and no more. The Majority of the Court are of opinion that the privilege covers the rent for the whole year. In support of my opinion, as to the extent of this privilege, and as to the meaning of the words *terme courant*, I refer to Pothier and to Ferrière. (1)

DUVAL, Justice:—The Judgment which the Court is about to pronounce is founded on well established principles of law, of easy application to the facts of the case.

In France, when there was no written lease, the privilege of the landlord was *restricted* to the amount due for the last three quarters. It is quite and error to believe that the privilege as to the rent to accrue was also *restricted* to any period. The landlord, over and above the three quarters due, was allowed by privilege all the rent that was to accrue. True, that was three months; but this is explained by French Writers in the most satisfactory manner: "A l'égard des baux des maisons de ville, il faut suivre l'usage des lieux, à Paris il y a quatre termes chaque année d'où les baux commencent, et auxquels ils finissent, savoir; Janvier, Avril, Juillet et Octobre." (2) When, therefore, the landlord

(1) Tr. du Louage, No. 29 and 135:—Ferrière Dict. de Droit, vbo. Privilége.

(2) Pothier Tr. du Louage, n. 29.

in France was allowed a privilege for three months rent, far from his privilege being *restricted*, it was expressly allowed for the whole unexpired term of the location.

If he got no more than three months, it was because he was landlord for three months only, and after the expiration of the three months the rent ceased to accrue. How could the French Courts have granted a privilege to secure the payment of a debt which the Defendant did not owe. See on this Subject the very satisfactory reasoning of Troplong (1). Pothier, remarks that the decisions of the Courts of Orléans differed from these of Paris, and he assigns the reason in support of the decisions at Orléans, as follows : " Car ce n'est pas à l'authenticité, mais à la nature de l'acte qu'est attaché le droit d'hypothèque, et le droit de préférence qui en est une suite." (2)

The case of Noad vs. Meriam is not analoguous to the present one ; in that case the Court granted a privilege for three quarters due and the current quarter, and rejected it for another quarter due in the previous year. (3)

(1) 1 Privilèges et Hyp., ch. 154 & seq. :—Tr. du Louage, No. 253.

(2) 8 Pothier, p. 712.

(3) In the case of Noad vs. Meriam, n. 146 of the year 1847, Jones *et al.* Opposants, fyled two oppositions *afin de conserver*, one for a quarter's rent due the 1st May, 1846, and the other for one year's rent from 1st May, 1846, to 1st May, 1847 : the former dated 3d March, 1847, the other the 12th April, 1847 : in neither of these oppositions was any rent, to accrue afterwards, demanded.

The Court, composed of Sir James Stuart, C. J., and Bowen, Justice, maintained the second opposition, and gave judgment by privilege, for the entire year's rent, to 1st May, 1847 ; but for the quarter's rent, which fell due on the 1st May, 1846, Jones was only collocated in common with the other creditors, *au marc la livre*. So that the facts of this case are essentially different from those of the one above reported ; in the one, the rent was due, in the other the rent was partly to accrue ; in both, the whole year's rent was allowed by privilege, but in Noad vs. Meriam, it was for three quarters due, and the current quarter, when the lease by Jones expired ; in Earl vs. Casey, for one quarter due and three quarters to accrue also when the lease expired.

It cannot be said, however, that they are conflicting cases.

BOWEN, Chief Justice :—By a usage, prevailing here, leases are supposed to be made for a year, and I am of opinion that the privilege of the landlord is for the whole year, whether it be expired or not. The opinions of the Writers on the Law of France, which limited the privilege to the current quarter, were founded on a local usage, which does not exist here. In support of the views I entertain upon this subject, I hold the following authorities to be conclusive: " A l'égard des *baux* des maisons de ville, il faut suivre " l'usage des lieux ; à Paris il y a quatre *termes* pour chaque " année d'où les *baux* commencent, et auxquels ils finissent ; " le 1 Janvier, Avril, Juillet, et Octobre."

" *Lorsqu'il n'y a pas de bail par écrit* (the present case) qui " exprime le temps que le bail doit durer, il dure toujours " jusqu'à l'un de ces termes, pour lequel, l'une ou l'autre " des parties doit donner ou prendre congé."

" A Orléans nous n'avons qu'un terme d'où les baux des " maisons commencent et auxquels ils finissent, savoir, celui " de la Saint-Jean pour les maisons de ville, et celui de la " Toussaint pour la campagne. Lorsque les parties *ne se sont* " *pas* expliquées sur la durée du bail, il est censé fait pour " un an, à commencer du prochain terme ; et si le locataire " est entré en jouissance avant le terme, il est censé fait tant " pour le temps qui doit courir depuis qu'il est entré en " jouissance, jusqu'au terme, que pour un an depuis le dit " terme : il expire de plein droit au bout de l'année, sans " qu'il soit nécessaire de signifier de congé auparavant." (1)

Now the Lessor and Lessee Act (2), and the Bankrupt law (though the latter is no longer in force) show distinctly the sense of the Legislature, touching the matter in question. The proviso to the first clause of the former of the Statutes runs thus :—" Provided always that in all cases in which

(1) Pothier, Tr. du Louage, n. 29 : — See also, 1 Troplong, des Priviléges et Hyp., n. 156, 157.

(2) 16th Vic. Cap. 200.

" an action shall be brought for use and occupation, a lease " shall be considered as existing between the Proprietor and " Occupant, but it shall not be necessary to produce or prove " the same, and such lease *shall be considered as expiring on " the first day of May* following, unless it be proved that an " *agreement to the contrary* has been made between the " parties." Now, whether the Lessor claim by *action* or by *opposition*, the effects and furniture which were in the house to answer his rent, being seized by the Plaintiff, a Judgment creditor, makes no earthly difference, except in the form of preferring his demand.

Again, the same Bankrupt Act contained a strong legislative declaration as to the privilege in question ; it declared, that the distress for rent (whether before or after the issuing of the Commission) should not be available for more than 12 *months rent*, accrued prior to the date of the Commission, but the landlord or party to whom the rent should be due, would be allowed to come in as a Creditor under the Commission for any overplus of the rent due, and for which the distress should not be available.

" Le propriétaire a privilége, soit qu'il y ait bail par écrit, " sous signature privée, ou devant notaire, et lorsque le " bail est purement verbal." (1)

" Régulièrement, le créancier ne peut demander l'exécu- " tion d'une obligation *qu'à l'échéance du terme.* C'est donc " une dérogation à ce principe que de permettre quelquefois " au propriétaire d'exiger d'avance les loyers qui ne devien- " draient *exigibles*, d'après la convention, qu'après un certain " délai."

" Toutefois cette dérogation était *dans les principes.* Le dé- " biteur qui fait faillite, ou simplement celui qui par son " fait diminue les sûretés qu'il avait données par le contrat " à ses créanciers, *ne mérite plus la protection* de la loi ; il

(1) 1 Troplong, n. 154 bis :—Charondas art. 161, Cout. de Paris :— Ferrière, art. 161, Glose 1, n. 14, art. 171.

" s'est rendu *indigne* des facilités qu'on lui avait accordées ; " il doit naturellement en être privé."

" Mais aussi cette privation ne peut être prononcée que " dans ce cas. Il ne suffirait pas, en effet, que le débiteur " *refusâ de payer* pour que le créancier pût demander de " suite le payement de la dette *exigible et celle qu'il ne l'est* " *point* il suffit qu'il ait encore les mêmes sûretés, pour " qu'il ne puisse se plaindre."

Ces principes s'appliquent au propriétaire qui réclame les loyers de sa maison ou de sa ferme."

" *Concourant avec d'autres créanciers du preneur*, il verrait " diminuer son gage, il perdrait l'espoir de trouver de quoi " se payer, puisque les meubles qui étaient destinés à lui " servir de garantie servent à payer d'autres créanciers du " preneur. Ainsi, il doit exercer ses droits *pour tout* ce " qui est *échu* et *pour tout ce qui* est à échoir."

Mais lorsqu'aucun créancier du preneur ne se présente, " que le bailleur exerce seul des poursuites contre lui, il ne " peut faire vendre des meubles que jusqu'à concurrence " des *fermages* ou *loyers échus ;* car les meubles qui gar- " nissent la maison ou la ferme lui restent exclusivement " affectés, il n'a pas le droit de priver le preneur du bénéfice " du terme, c'est-à-dire, de la faculté de e payer qu'aux " échéances fixées par le bail." (1)

The judgment is in favor of Boisseau's claim.
Justice, *dissentiente*.

DELAGRAVE, for Boisseau.

UART nd VANNOVOUS, for Tyre *et al.*

1 Persil, Priviléges et Hypothèques, p. 20, II : — 1 Troplong, Priviléges et Hypothèques, n. 162.

[ARTICLE 2006.]

QUEEN'S BENCH. Appeal Side. } DISTRICT OF QUEBEC.

Before Sir L. H. LAFONTAINE, Bart., Chief-Justice, ROLLAND, and AYLWIN, Justices.

TYRE, ... *Appellant.*

and

BOISSEAU, ... *Respondent.*

LANDLORD AND TENANT—PRIVILEGE.—The Judgment of the Superior Court which held :—" That a " landlord has a privilege for the " whole year, the quarter due the " 1st August, and three quarters to " become due the 1st May following; " in other words, that in Quebec, " the privilege of the Landlord extends to the expiration of the " current year" ;—is confirmed in appeal.

LOCATEUR ET LOCATAIRE.— PRIVILEGE.— Le jugement de la Cour Supérieure qui a jugé :— " Que le locateur a un privilége pour le quartier dû le premier août, et pour " les trois quartiers qui deviendraient dus le premier mai suivant ; en d'autres termes, que le " privilége du propriétaire, dans la " ville de Québec, s'étend à toute " l'année courante " ;— est confirmé en appel.

Judgment rendered the 18th January, 1855.

Consultez *St. R. B. C.*, ch. 40, s. 16.

2006. Les domestiques et engagés ont ensuite droit d'être colloqués par préférence sur tous les biens meubles du débiteur pour ce qui peut leur rester dû de salaire n'excédant pas [un an échu au jour de la saisie ou du décès.]

Les commis, apprentis

2006. Domestic servants and hired persons are next entitled to be collocated by preference upon all the moveable property of the debtor for whatever wages may be due to them, for a period not exceeding [one year previous to the time of the seizure or of the death.]

Clerks, apprentices and

et compagnons ont la même préférence, mais seulement sur les marchandises et effets qui se trouvent dans le magasin, échoppe ou boutique, où leurs services étaient requis, [pour un terme d'arrérages n'excédant pas trois mois.]

Ceux qui ont fourni les provisions ont également privilège concurremment avec les domestiques et engagés pour leurs fournitures pendant les douze derniers mois.

journeymen are entitled to the same preference, but only upon the merchandise and effects contained in the store, shop or workshop in which their services were required, [for a period of arrears not exceeding three months.]

Those who have supplied provisions have likewise a privilege, concurrently with domestic servants and hired persons, for the supplies furnished during the last twelve months.

Voy. *C. N.* 2101, cité sur art. 1995 et *Bourjon*, sur art. 2002.

---

* 13 *Guyot*, *Rép.*, *v°* *Privilège*, *p.* 689. } Les gages des domestiques sont aussi une créance privilégiée sur les meubles du maître pour la dernière année qu'ils l'ont servi.

---

* *Pothier*, *Proc. civ.*, *p.* 172. } Il y a certains privileges particuliers qui passent avant celui des Seigneurs de métairie.

1° Celui des Moissonneurs, sur les grains dont ils ont fait la récolte.

2° Celui des Métiviers, sur ceux dont ils ont fait la métive.

3° Celui des Valets de labour, sur les fruits provenus des terres qu'ils ont labourées, pour le dernier terme de leur

gage, couru depuis la Saint-Jean, jusqu'à la Toussaint ; ces quatre mois leur sont payés sur le prix d'une demi-année, parce que c'est le fort du travail.

Il y a certaines provinces où on accorde le même privilege aux Charrons, Maréchaux, Bourreliers, pour les ouvrages et fournitures de la derniere année qu'ils ont faits et fournis aux laboureurs ; mais nous avons dans notre Province rejetté, avec raison, ce privilege.

---

* 1 *Pigeau, Proc. civ., p. 685-6.* } *Des privileges personnels qui s'exercent par concurrence.*

1° Les visites et honoraires de médecins.

2° Les pansemens, saignées et opérations de chirurgiens.

3° Les drogues de l'apothicaire.

4° Les gardes-malades.

Le tout, pour ce qui est dû relativement à la derniere maladie.

5° Le boulanger et le boucher, pour la derniere année de fournitures ; pour les autres, par contribution.

6° Le marchand de vin, pour la fourniture nécessaire faite dans le même temps.

7° Les domestiques, pour la derniere année de leurs gages.

Il est étonnant que les cinq premiers de ces privilégiés soient obligés de souffrir la concurrence avec le marchand de vin, et les domestiques superflus. L'humanité semble exiger que ceux qui ont fourni les soins et les aliments nécessaires au soutien de la vie, passent avant tous les autres. " Le " médecin qui a soulagé le pauvre, n'est pas mieux traité " que le domestique inutile.

" L'intérêt de l'humanité semble demander que les méde- " cins qui ont pris soin de la santé d'un citoyen, passent " avant le propriétaire ; en ne les plaçant qu'après, et les ex- " posant à perdre, on leur apprend à abandonner un malade, " et à mesurer les soins qu'ils doivent à un homme, par le " peu qu'ils peuvent espérer sur ses meubles, après que des

" loyers, peut-être arréragés, seront payés ; il paroît plus " conforme aux sentiments de la nature, à l'intérêt des " pauvres et de l'état, de donner le premier privilege aux " médecins ; les loix romaines leur donnent un privilege " avant les autres créanciers." *Instruction facile sur les conventions*, page 260.

Ce n'est pas cependant qu'il n'y ait parmi les domestiques quelques-uns qui méritent la faveur du privilege ; tels sont ceux que la nécessité a fait prendre : il semble qu'il seroit plus conforme à l'équité de placer les autres dans un rang inférieur ; mais on ne fait pas cette distinction, peut-être parce qu'elle pourroit engendrer nombre de contestations sur la question de savoir, si tel débiteur, dont les meubles ont été vendus, avoit ou non besoin d'un domestique. Les juges qui ont à craindre de pareils inconvénients, sont souvent obligés de rendre la justice, en quelque sorte, à moitié, de peur qu'en voulant la rendre trop exactement, ils n'occasionnent plus de mal que de bien.

8° Me de Varicourt, sur Denisart, au mot *privilege*, n° 17, rapporte un arrêt du 8 août 1674, qui a refusé le privilege à un épicier ; ses fournitures n'étant pas d'absolue nécessité, ne doivent point être favorisées. Il cite aussi un arrêt qui a jugé la même chose à l'égard d'un marchand de bois, parce que la plus grande partie est dépense voluptueuse : on devroit accorder le privilege pour la portion nécessaire, et renvoyer à la contribution pour le surplus ; mais cela jeteroit dans l'embarras d'une appréciation à chaque demande de marchand de bois. Au n° 18, il rapporte un autre arrêt qui a refusé le privilege à un faïancier, dont les fournitures ne peuvent non plus être placées dans la classe de celles de premiere nécessité.

9° Le rôtisseur ne doit avoir aucun privilege ; " néanmoins " (dit Denisart au mot cité, n° 16) l'arrêt du 21 février 1707 " qui accorde le privilege aux bouchers sur le prix de la " vente des meubles du feu duc de Gesvre, l'accorde aussi " au rôtisseur ; mais il ne faut pas perdre de vue, continue-

" t-il, que ce qui est regardé comme nécessaire à la table " d'un duc, peut être regardé comme superflu à celle d'un " bourgeois."

---

* *Troplong, Privil. et Hyp., n° 142 et s.* } 142. Le privilége des gens de service n'existait pas généralement avant le Code civil. On ne l'accordait qu'à Paris, ainsi que nous l'apprend Pothier dans le passage suivant de son traité sur la procédure civile (1): " Nous avons oublié de parler d'un " privilége qu'on accorde à Paris aux domestiques de ville " pour une année de leurs gages. (V. l'acte de notoriété du " Châtelet de Paris, du 4 août 1692.) Ce privilége est très- " favorable et paraîtrait devoir être suivi ailleurs ; cependant " je n'ai pas vu ce privilége employé dans les ordres et dis- " tributions (2)."

Le vœu de Pothier a été réalisé, d'abord par la loi du 11 brumaire an 7, et ensuite par le Code civil. C'est une amélioration faite à l'ancienne législation, dans laquelle des jurisprudences diverses avaient introduit trop de disparates.

Mais il faut prendre garde que le Code civil a été plus loin que le Châtelet. Sous la jurisprudence de ce tribunal, il n'y avait de privilége que pour les *domestiques de ville*. Mais d'après notre article, le privilége paraît devoir s'étendre à tous domestiques quelconques, de ville et de campagne, *pourvu qu'ils soient à l'année*.

Je dis pourvu qu'ils soient à l'année, et cette condition est suffisamment indiquée par les termes employés par notre paragraphe.

Ainsi donc les journaliers, tels que moissonneurs, métiviers et autres gens de travail qui sont payés *à la journée*, et dont les salaires se prescrivent par six mois (2271 du C. civ.),

(1) P. 197.

(2) Arrêt de la cour de Paris du 14 thermidor an 11 (Sirey, 7, 2, 1136), qui montre aussi que sous la coutume de Paris le privilége des gens de service n'était fondé que sur l'usage. Loyseau, Off., l. 3, ch. 8, n. 50, parle de ce privilége comme établi de son temps.

ne pourraient se prévaloir du privilége général dont parle l'article 2101. Ce qui prouve clairement que tel est l'esprit de notre article, c'est qu'on verra par l'article 2102, n. 1, que le législateur a cru devoir donner un privilége spécial sur les récoltes aux journaliers employés à ce travail ; d'où il suit qu'il n'a pas été dans son intention de les faire participer au privilége de l'art. 2101. Telle est l'opinion de MM. Grenier (1), Delvincourt (2), Persil (3) et Dalloz (4) : elle a été adoptée par arrêt de la cour de Paris, du 30 juillet 1828 (5). Je dois dire néanmoins qu'elle est en opposition avec le sentiment de M. Tarrible (6), et avec deux arrêts : l'un de la cour de Metz, du 4 mai 1820 (7) ; l'autre de la cour de Colmar, du 10 décembre 1822 (8). Dans l'espèce de l'arrêt de la cour de Metz, il s'agissait d'un commis principal engagé *par mois*, et dont on supposait, sans que cela paraisse avoir été contesté, que le salaire se prescrivait par six mois aux termes de l'art. 2271 (9). Il est certain qu'on ne doit pas étendre à une pareille créance le privilége de l'article 2101, n° 4 ; car il n'est attribué qu'à l'engagement formé à l'année. Les priviléges sont de droit étroit : il y a du péril dans les analogies en pareille matière.

Mais d'un autre côté tous les gens de service *à l'année*

(1) T. 2, n. 303.

(2) T. 3, p. 270, note 1, n. 6.

(3) Comment. sur l'art. 2101.

(4) Hyp., p. 26, n. 9.

(5) D. 1828, 2, 238, et par arrêt de la même cour du 1er août 1834, 3e chambre (Sirey, 34, 2, 619. Dalloz, 25, 2, 35).

(6) Répert., Privilége, sect. 1, § 1.

(7) Dalloz, Hyp., p. 30.

(8) Idem, note 1, et encore avec deux arrêts, l'un de Paris, 3e chambre, du 19 août 1834 (Sirey, 34, 2, 622. Dalloz, 35, 2, 6) ; l'autre de Lyon du 25 août 1836 (Sirey, 36, 2, 560. Dalloz, 37, 2, 76).

(9) Mais voyez sur cette prescription particulière mon commentaire de la Prescription, t. 2, n. 938.

doivent avoir privilége. La loi du 11 brumaire an 7 ne parlait que des *domestiques*. Notre article emploie une expression plus large : il se sert des mots gens de *service*, ce qui s'étend à toute espèce de service salarié et résultant d'un contrat de louage annuel. Je ne fais donc pas difficulté d'appliquer notre article, non seulement aux domestiques et gens attachés à la personne, mais encore aux commis, secrétaires, agens, qui, moyennant un traitement *fixe à l'année*, font tourner la totalité de leur travail au profit de celui qui les paie (1).

La cour de Rouen avait pensé qu'un individu spécialement attaché à une maison de commerce pour transporter les marchandises à la brouette, et dont le compte se réglait tous les ans, était un serviteur à gages et devait être mis dans la classe des *gens de service* (2). La Cour de cassation en a jugé autrement, et, malgré sa répugnance connue à annuler les décisions des cours royales, elle a cassé l'arrêt de Rouen par arrêt du 10 février 1829 (3). Au premier coup d'œil, on a de la peine à comprendre cette sévérité. Ces mots " *gens de service* " ont une grande étendue, et il semble qu'ils comprennent dans leur latitude celui qui se loue pour faire le *service* de tous les transports de la maison à laquelle il est attaché.

Mais, en réfléchissant sur le point de fait, cette décision est inattaquable. Ce brouettier n'était pas un homme à gages, il n'était payé *qu'en proportion des transports qu'il effectuait*. Son salaire n'était pas fixé à une somme déterminée et convenue à forfait pour un temps certain. C'était un ouvrier, ou un *entrepreneur à tant* le transport, mais non pas un

(1) A l'appui de ce sens donné au mot *gens de service*, voy. un arrêt de la Cour de cassation du 30 décembre 1828, D., 29, 1, 90, et note 1 ; et un arrêt de la cour de Lyon du 1er février 1831 (Dalloz, 32, 2, 192). Voir encore un arrêt de Paris du 15 février 1836 (Sirey, 36, 2, 153. Dalloz, 36, 2, 79).

(2) Arrêt du 27 août 1825 (D. 26, 2, 14).

(3) Dalloz, 1829, 1, 145).

homme de service *à gages* dans le sens de la loi. Il faut donc approuver la décision de la Cour de cassation.

La cour de Paris s'y est conformée par un arrêt rapporté dans la Gazette des tribunaux du 18 octobre 1834, qui juge que des ouvriers verriers à *tant la pièce* ne sont pas privilégiés. J'ajoute au surplus que cet arrêt vient encore fortifier ce que je disais tout à l'heure des ouvriers qui ne sont pas à l'année ; car, malgré les efforts d'un de nos avocats les plus célèbres, Me Teste, il refusa le privilége aux ouvriers verriers à la journée et aux mois. Cette jurisprudence ne peut tarder à rallier à elle tous les esprits (1).

143. Le privilége des gens de service ne s'étend qu'à ce qui est dû pour l'année échue, et à ce qui est dû pour l'année courante.

144. Les alimens qui, sous de nombreux rapports, sont considérés par la loi d'un œil si favorable, ne pouvaient manquer de trouver place dans la série des priviléges. C'est pourquoi le § 5 de l'art. 2101 accorde un rang favorisé à ceux qui ont alimenté, par des fournitures de subsistances, *le débiteur* et *sa famille*.

Ce privilége est fondé sur l'humanité ; il procède de la même cause que le privilége pour frais funéraires, et frais de dernière maladie, etc. ; mais comme il y a des degrés dans les préférences, on ne peut donner aux fournitures de subsistance qu'une place postérieure aux priviléges que je viens d'indiquer. J'ai cherché à en expliquer la raison, n° 139.

(1) La cour royale de Lyon a jugé, par son arrêt du 25 avril 1836, déjà cité, que les ouvriers d'une fabrique jouissent du privilége de l'art. 2101. En ce point, cet arrêt est conforme à notre opinion ; mais, selon nous, cette cour est allée trop loin en étendant ce privilége à des ouvriers loués au mois.

La cour royale de Paris, en rejetant avec raison le privilége réclamé par un conducteur de travaux de maçonnerie (Arrêt du 29 mars 1837. Sirey, 37, 2, 225), nous semble avoir à tort et sans nécessité, proclamé comme principe que les ouvriers ne peuvent *dans aucun cas* être assimilés, pour le privilége, aux gens de service.

Ce privilége pour alimens avait lieu dans l'ancienne jurisprudence ; Brodeau l'enseigne formellement dans ses remarques sur Louet (1). Un arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1779, rapporté au Répert. de jurisp. (2), a jugé qu'un maître de pension avait un privilége pour se faire payer de ses pensions ainsi que de ses avances. Les principaux motifs qui ont déterminé cet arrêt (dit l'auteur du Répert.) sont *la faveur des alimens* et celle de l'éducation. Il n'était dû dans l'espèce qu'une seule année, des livres, du papier, et d'autres objets fournis aux enfans.

145. Les *marchands* en détail, tels que bouchers, boulangers, traiteurs et autres, n'ont de privilége que pour ce qu'ils ont fourni pendant les six derniers mois. Mais les maîtres de pension et les marchands en gros ont privilége pour ce qui est dû pendant la dernière année. C'est la conséquence des art. 2271 et 2272 du Code civil, combinés avec l'art. 2101.

146. Le privilége ne doit s'étendre qu'à ce qui est nécessaire pour la subsistance *du débiteur* et *de sa famille*. On ne pourrait y faire participer d'autres fournitures qui seraient d'une nature différente, comme fournitures de liqueurs, etc. (3). On demande, à ce sujet, si un maître de pension qui aurait fourni à un de ses élèves des plumes, encre, papier, pourrait, sous le Code civil, avoir privilége pour ces fournitures, de même que je viens de faire voir qu'il l'avait d'après la jurisprudence du parlement de Paris.

M. Grenier est d'avis que le privilége a lieu : ce qui me paraît contradictoire avec les principes de cet auteur, qui, quelques lignes plus bas, enseigne avec raison que les priviléges, étant des exceptions, doivent être plutôt restreints qu'étendus (4).

Quant à moi, il me paraît impossible de mettre les fourni-

(1) Lettre A, som. 17, note B, et lettre C, som. 9.

(2) V° Pension, p. 229.

(3) M. Tarrible, v° Privilége. M. Dalloz, v° Hyp., p. 22, n. 12.

(4) T. 2, p. 21, n. 304.

tures de livres, papier, encre, etc., dans la classe des fournitures de subsistances. Qu'on ait jugé en faveur du privilége dans l'ancienne jurisprudence, où sur ce point il n'existait que des usages et pas de lois écrites, c'est ce que je conçois aisément. Mais aujourd'hui le législateur a parlé. Il faut prendre ses expressions dans leur véritable sens et ne pas forcer les textes.

On demande encore si la fourniture de vêtemens indispensables ne doit pas être assimilée aux fournitures de subsistances. La raison de douter est que la loi 6 au D. *De alim. et cibar. legat.* (1) décide que les vêtemens sont compris dans les alimens. " *Legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio* " *debebitur, quia sine his ali corpus non potest.*" Mais cette loi n'est nullement applicable ici. D'abord je crois qu'il existe une grande différence entre les alimens et les subsistances. Les alimens se prennent, dans certains cas, dans un sens large, tel que la loi romaine le définit ; au lieu que les subsistances ne peuvent s'entendre que des comestibles et fournitures de bouche, et répondent parfaitement à ce que les Romains appelaient, non pas *alimenta*, mais bien *cibaria*. Ensuite il faut remarquer que, même dans les lois romaines, le mot aliment n'était aussi largement interprété que dans les dispositions de dernière volonté ; au lieu que dans les contrats on le prenait dans son sens strict, et on ne l'étendait ni aux vêtemens ni à l'habitation (2).

147. Les maîtres et professeurs qui n'ont donné que des leçons, mais qui n'ont pas fait de fournitures de subsistances, n'ont pas de privilége pour ces leçons. Quoi qu'en dise l'auteur du Répert., au mot Pension, en rapportant l'arrêt du parlement de Paris du 29 décembre 1779, ce n'est pas à la faveur de l'éducation que le privilége a été accordé ; c'est exclusivement à la faveur des alimens (3). Le mot subsis-

(1) Pothier, Pand., t. 2, p. 412, n. 2.

(2) L. 18, § 12, D. *De transact.* Pothier, Pand., t. 2, p. 412, note E.

(3) M. Dalloz, Hyp., p. 22, n. 17.

tances est trop clair pour ne pas fermer la bouche sur toutes discussions à cet égard.

147 *bis.* On remarquera que le privilége constitué par notre article, pour fourniture de subsistances, n'a été établi qu'en faveur des marchands en gros et en détail et maîtres de pension : ainsi tout individu qui ne se trouverait pas dans l'une de ces trois catégories n'aurait pas de privilége à prétendre, quelque favorable que fût sa créance (1).

---

* *Pont, sur art.* 2101, *C. N.* *n°* 79 *et s.* } V.— 79. *Des salaires des gens de service.*—Le privilége des gens de service, comme tous ceux qu'énumère notre article, a son origine dans le passé. Bourjon, dont les redacteurs du Code paraissent avoir suivi la doctrine, dit que " quant au privilége accordé aux domestiques pour les gages à eux dus, il a lieu pour l'année échue et la courante, leur action se prescrivant par le laps d'un an, suivant l'article 127 de la Coutume formée sur l'ordonnance de 1510." D'après cela, il ne faut pas trop s'arrêter à l'assertion de Pothier (quoiqu'elle paraisse assez généralement acceptée), ou du moins à l'assertion de celui qui, après la mort de Pothier, a mis en ordre ses notes sur la procédure civile, et qui, en se référant à un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 4 août 1692, affirme que le privilége dont s'agit n'était établi qu'à Paris, et n'était accordé qu'aux *domestiques de ville.* Il résulte de la formule de Bourjon que le privilége était consacré en faveur des domestiques en général, et qu'il avait lieu non-seulement à Paris, mais encore dans le ressort de la Coutume qui, on le sait, étendait son empire sur une grande partie du territoire de la France coutumière. Du reste, l'acte de notoriété auquel renvoie Pothier ne dit rien de contraire, car, en énumérant les diverses créances qu'il était d'usage, au Châtelet, de payer par préférence dans la distribution du prix des

(1) M. Grenier, t. 2, 304. Persil, Comm., art. 2201, § 5, n. 1. Dalloz, Hyp., p. 22, n. 13.

meubles et deniers d'une succession, il énonce, d'une manière non moins générale que Bourjon, "*les gages des domestiques* pour une année échue au jour du décès, si tant il y a." Et un arrêt de la Cour de Paris, adoptant ces données, déclare que, dans la Coutume de Paris (par conséquent dans tout le ressort de la Coutume), les domestiques avaient un privilége non-seulement sur le mobilier, mais encore subsidiairement sur le produit des immeubles pour leurs gages et salaires. Ainsi, en définitive, notre article confirme une pratique ancienne, assez généralement suivie, lorsque, en reprenant à peu près le texte de Bourjon, il range, parmi les priviléges sur la généralité des meubles (et subsidiairement sur les immeubles), " les salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante."

80. Et ceci même, cette origine de la loi, concourt à nous en donner l'explication sur l'un des points qui ont soulevé le plus de controverses, nous voulons parler du sens qu'il convient d'attacher aux expressions " gens de service " dont se sert le législateur. Evidemment la loi exprime là, en des termes différents, la pensée même qui s'attachait au mot *domestique* dans l'usage que notre texte a consacré. Or, dans son acception usuelle, la qualification de domestique s'applique à tous ceux qui, moyennant un salaire, se mettent au service de la personne, de la famille. C'est aussi dans cette acception que devront être prises les expressions *gens de service* employées dans notre article. Ces dernières expressions n'ont été substituées au mot *domestique*, dont on se servait sous l'ancienne jurisprudence, et dont on s'était servi aussi dans la loi de brumaire an 7 (art. 11), qu'en vue d'une plus grande généralité, et pour faire mieux entendre que le privilége est accordé à tous les serviteurs de la personne ou de la famille, et par conséquent au portier, au cocher, au maître d'hôtel, à la femme de chambre, aux pâtres, aux valets de ferme, à tous ceux en un mot qui, tout en ayant et en reconnaissant un maître, ne sont pas désignés habituellement, en raison du service particulier auquel ils

sont attachés, sous l'appellation commune de *domestiques*. Mais la substitution de la qualification actuelle à la qualification commune n'a pas été faite en vue d'étendre la pensée de la loi, et de faire supposer que le privilége serait désormais accordé à d'autres services que ceux en vue desquels il a été primitivement établi. Cela résulte du Rapport de Grenier au Tribunat, dans lequel on lit que ce privilége, et tous ceux de notre article, ont été établis " parce qu'il eût répugné, surtout pour des sommes ordinairement modiques, et qui rarement entrent en considération dans les affaires d'intérêt, *d'éloigner d'un citoyen les secours offerts à ses infirmités ou à sa misère*, en privant ceux qui sont disposés à les donner de l'espoir d'être payés sur les objets qui sont au pouvoir du débiteur et en évidence, et que de bonne foi ils ont regardés comme leur gage."

81. D'après cela, le privilége ne sera pas étendu aux appointements des clercs d'officiers publics ou ministériels, comme notaires, avoués, etc. ; car la convention qui intervient entre l'officier et le clerc est d'un ordre supérieur à raison de son but et de ses effets ; elle intéresse l'ordre public, puisqu'elle est la base et le point de départ d'un noviciat à la suite duquel le clerc acquiert la capacité qui lui permettra d'exercer à son tour ; elle impose au clerc des devoirs non-seulement envers son patron, mais encore envers la société : à tous ces titres, cette convention se distingue donc profondément de celle qui se forme entre le maître et le domestique.

82. Le privilége n'existera pas non plus au profit des professeurs attachés à une maison d'éducation, ni au profit des secrétaires, précepteurs et bibliothécaires. M. Troplong est, sur ce dernier point, d'un avis différent ; il ne fait aucune difficulté, dit-il, d'appliquer notre article aux secrétaires et à tous agents qui, moyennant un traitement fixe à l'année, font tourner la totalité de leur travail au profit de celui qui les paye. Mais, il faut le répéter, les mots *gens de service* employés par notre article n'ont pas un autre sens que le

mot *domestique* dont on s'était servi jusqu'à notre Code. Or, il a assurément une différence essentielle entre les domestiques proprement dits, ceux dont l'emploi, comme le dit ailleurs M. Troplong lui-même, exclut les nobles tendances de l'esprit, et les personnes distinguées par la culture de leur intelligence, comme sont les bibliothécaires, les précepteurs, les secrétaires. C'est une première raison de rejeter l'opinion émise par M. Troplong. Et puis, les motifs mêmes de la loi en fournissent une seconde. Ce que veut le législateur, en consacrant le privilége des gens de service, c'est d'une part, sauvegarder en faveur du créancier le salaire, d'ailleurs fort modique, qui constitue ordinairement son unique ressource, et d'une autre part, donner appui au débiteur, même atteint dans sa fortune, en retenant auprès de lui, au moyen d'une garantie spéciale, des serviteurs que son insolvabilité pourrait éloigner, et en lui ménageant ainsi, par humanité, des soins et des services qui peuvent être devenus une nécessité de sa vie. Comment, d'après cela, un bibliothécaire, un précepteur, un secrétaire, pourraient-ils prétendre au privilége ? d'un côté, il ne serait pas exact, en général, de dire, à leur égard, que leur créance est peu considérable, ni qu'elle constitue à peu près leur unique avoir ; et, d'un autre côté, le débiteur peut être privé, sans que l'humanité en soit blessée, de l'office d'un secrétaire, d'un précepteur ou d'un bibliothécaire.

83. De même, on n'accordera pas le privilége au mandataire salarié pour son traitement ou pour les bénéfices qui lui avaient été promis dans l'entreprise dont il a eu la gestion, car le mandataire ne peut, à aucun titre, être rangé dans la classe des gens de service. Et par identité de raison, le privilége sera refusé également au commis voyageur, qui n'est, à vrai dire, que le mandataire de la maison pour laquelle il voyage.

84. Mais l'accordera-t-on aux simples commis des marchands ou des négociants ? Ceci a fait plus de doute, et la jurisprudence s'est divisée sur ce point, quelques arrêts ayant

admis le privilége, d'autres l'ayant rejeté. Cependant la raison même des choses nous dit que les premiers arrêts ajoutent à la loi. Il est évident, en effet, que les priviléges établis ici par les divers paragraphes de notre article sont réservés, sauf en ce qui concerne celui des frais de justice (dont la cause est toute spéciale), pour ces dépenses qui ont trait particulièrement à la *personne* du débiteur, ce qui ne saurait s'appliquer au traitement des commis marchands ou des commis négociants. Les commis ne sauraient donc être compris sous la dénomination de gens de service employée par notre article ; et ce qui le prouve bien, c'est que la loi de 1838 sur les faillites a cru nécessaire d'établir, en faveur des commis, dans un cas particulier, un privilége spécial pour les salaires de six mois, privilége auquel elle donne le même rang que celui des gens de service (C. comm., art. 549).

85. La même observation, et par les mêmes motifs, s'appliquera aux ouvriers employés dans les fabriques, et à ceux, qui, moyennant une rétribution déterminée, louent leurs services pour l'exercice d'une industrie, d'un art., ou d'une profession libérale, comme les correcteurs d'imprimerie, les artistes dramatiques, etc. Ici encore, nous avons des arrêts en sens contraire qui décident que la dénomination de gens de service comprend ceux qui font un travail quelconque pour le maître qui les emploie, et spécialement le voiturier ou brouettier, le contre-maître ou chef ouvrier. Mais il est clair que ces employés, pas plus que les commis marchands, ne sont attachés au service de la personne, ce qui ne permet pas de les classer parmi les serviteurs dont parle notre article : aussi voit-on que le Code de commerce donne également aux *ouvriers* un privilége spécial qui, sauf la réduction de la garantie aux salaires d'un mois, est le même que celui qu'il confère aux commis (même art. 549), établissant virtuellement par là que les ouvriers, pas plus que les commis, ne rentrent dans les prévisions du n° 4 de notre article.

86. Ainsi fixés sur la pensée de la loi en ce qui concerne

les personnes qui ont droit au privilége des gens de service, nous avons à indiquer l'étendue de ce privilége. A cet égard, le texte est fort précis ; il exprime que la sûreté a pour objet *les salaires de l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante.* A la vérité, l'art. 2272 nous dira plus tard que l'action des domestiques qui se louent à l'année, pour le payement de leurs salaires, *se prescrit par un an*, ce qui semble ne pas marcher d'accord avec notre article, qui accorde le privilége pour le salaire de *plus d'une année.* Mais les deux textes se concilient aisément, si l'on songe que la prescription a pu cesser de courir, dans les termes de l'art. 2274, lorsqu'il y a eu compte arrêté, cédule ou obligation, ou citation en justice non périmée, si l'on songe encore qu'il s'agit ici d'une créance à jour fixe, dont la prescription, d'après l'art. 2257, ne court pas tant que ce jour fixe, c'est-à-dire la fin de l'année, n'est pas arrivée ; et qu'ainsi, bien que l'action des domestiques qui se louent à l'année se prescrive par un an, il se peut très-bien faire que le maître doive à son domestique les salaires de plus d'une année. C'est dans cette prévision que notre article statue, et il se combine à merveille avec les dispositions de la loi sur la prescription, lorsqu'il attache le privilége des gens de service aux salaires de l'année échue et de ce qui est dû sur l'année courante.

Que si les domestiques se sont loués au mois, au trimestre ou au semestre, le règlement ou l'étendue du privilége devra se combiner alors avec l'art. 2271. En aucun cas leur créance, pas plus que celle des domestiques engagés à l'année, ne sera privilégiée au delà du salaire de l'année échue et de ce qui est dû sur l'année courante, et même il faudra, pour que le privilége leur soit accordé dans cette mesure, que leur créance ait été conservée par l'interruption de la prescription, qui, à leur égard, est fixée à six mois. S'ils ont négligé d'interrompre la prescription, le privilége n'aura lieu que pour les salaires de six mois ou pour la portion de leur créance non éteinte par la prescription. Quelques auteurs vont jusqu'à dire que notre article n'est pas fait pour ce cas,

et que le privilége qu'il consacre n'est dû à la créance des gens de service qu'autant qu'ils sont engagés et ont loué leur travail à l'année. Il est evident pour nous que telle n'a pas été la pensée de la loi. Il suffit, pour que le bénéfice du privilége qu'elle établit ici soit acquis à la créance, que cette créance appartienne à des gens de service, à des domestiques, et qu'elle est son principe et sa cause dans les salaires que le maître devait leur payer. La loi n'exige rien de plus ; et si elle compte par *année* la somme des salaires privilégiés, c'est évidemment pour fixer le temps le plus long auquel puisse s'étendre le privilége des salaires, et nullement pour faire de l'engagement à l'année la condition du privilége. La distinction que l'on veut établir sous ce rapport, entre les gages payables après l'année échue et les gages payables par mois, par trimestre, par semestre, n'a pas de raison d'être, puisque, incontestablement, les serviteurs qui s'engagent à l'année ne sont pas plus favorables que ceux qui se louent par fractions moindres de temps.

87. Dans tous les cas, c'est à raison de leurs salaires seulement que les gens de service ont droit au privilége établi par le n° 4 de notre article. La même sûreté ne devrait donc pas être accordée pour les *avances* que les domestiques font quelquefois pour le service de la famille. Ces *avances* peuvent bien, suivant l'occurence, être garanties par le privilége que le n° 5 de notre article accorde aux fournitures de subsistances, par exemple si les avances ont été faites pour acheter des aliments ; mais elles ne constituent ni une créance de salaires, ni même des accessoires de la créance pour salaires : le n° 4 de notre article ne saurait donc, à aucun titre, leur être appliqué.

VI.—88. *Des fournitures de subsistances.*—La loi place au cinquième et dernier rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles (subsidiairement sur les immeubles) les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille. Le privilége ici procède de la même cause que ceux des frais funéraires et des frais quelconques de la der-

nière maladie (*suprà*, no 71 et 76) : la loi veut que la crainte de perdre ne détourne pas les marchands de la pensée de fournir au débiteur ce dont il a besoin pour sa vie de chaque jour. Mais il s'agit ici de ces dépenses qui doivent être payées sans retard, et pour lesquelles plus particulièrement le créancier suit la foi de son débiteur ; c'est pourquoi, tout en accordant un privilége qui prémunisse le créancier contre une déchéance absolue de son droit, le législateur ne lui donne cependant que le dernier rang parmi les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles.

89. Il faut se demander d'abord quels sont les créanciers qui ont droit à ce dernier des priviléges établis par notre article. A cet égard la disposition est précise ; elle déclare privilégiées " les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, savoir : pendant les six derniers mois, par les *marchands en détail,* tels que boulangers, bouchers et autres ; et pendant la dernière année, par les *maîtres de pension* et les *marchands en gros.*" Ainsi, les marchands en gros, les marchands en détail, les maîtres de pension, tels sont ceux dont la créance pour fournitures de subsistances est déclarée privilégiée. Peut-être la créance du maître de pension, à raison de ses fournitures de subsistances, ne présente-elle pas en elle-même des motifs suffisants pour justifier la faveur dont elle jouit : aussi voit-on que le privilége ne lui a pas été conservé par la loi belge du 16 décembre 1851, qui a réformé le régime hypothécaire en Belgique. Quoi qu'il en soit, cette créance est privilégiée chez nous au même titre que celles des marchands en gros et des marchands en détail. Mais il n'est pas permis d'aller au delà des prévisions de la loi. Elle parle des marchands en gros et des marchands en détail : donc on ne considèrera pas comme privilégiées les fournitures qui auraient été faites par un particulier non marchand : celui-ci pourra, suivant l'occurrence, jouir du privilége spécial que l'art. 2102 consacre en faveur du vendeur d'effets mobiliers non payés ; mais ce n'est pas pour lui qu'est établi le privilége général dont nous nous

occupons ici. La loi parle ensuite des *maîtres de pension* : donc le privilége ne serait pas accordé aux maîtres ou instituteurs qui donnent des leçons au mois ou au cachet, si tant est qu'ils eussent fait des fournitures de l'espèce que la loi a en vue.

90. Du reste, en consacrant le droit des maîtres de pension et des marchands, soit en gros, soit en détail, notre article fait entre eux une différence notable quant à la mesure dans laquelle ce droit est concédé : tandis que les maîtres de pension et les marchands en gros ont privilége à raison des fournitures faites *pendant la dernière année*, les marchands en détail ne sont privilégiés que pour leurs fournitures *des six derniers mois.* C'est ici une réminiscence de notre ancien droit, constaté par la Coutume de Paris, dont l'art. 126 établissait la prescription de *six mois* pour l'action des " marchands, gens de métier et autres vendeurs de marchandises et denrées *en détail...*", tandis que l'article 127 portait à *un an* la prescription de l'action des " drapiers, merciers, épiciers, orfévres et *autres marchands grossiers...*" Seulement, le souvenir n'était pas présent à l'esprit des rédacteurs du Code quand ils discutaient le titre *De la Prescription*, dont la promulgation avait précédé de quatre jours celle du titre des *Hypothèques* ; car, supprimant alors toute distinction entre les marchands en gros et les marchands en détail, ils avaient dit, d'une manière générale, à l'art. 2272, que l'action des maîtres de pension et " celle des marchands, pour les marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands ", se prescrivent *par un an.* Il résulte de là que notre article n'est pas en rapport entièrement (quoique M. Troplong paraisse supposer le contraire), avec l'art. 2272. C'est bien évident, puisque si le délai de la prescription et la mesure du privilége marchent d'accord en ce qui concerne les maîtres de pension et les marchands en gros, il n'en est pas de même à l'égard des marchands en détail, dont l'action se prescrit aussi *par un an*, tandis que le privilége ne les protége que pour leurs fournitures *des six derniers mois.*

D'après cela, on s'est demandé quelle serait la mesure du privilége du marchand en gros qui aurait fait une fourniture en détail, ou, réciproquement, du marchand en détail qui aurait fait une fourniture en gros. A notre avis, la question ne présente pas un doute sérieux : c'est toujours la nature de la fourniture qu'il faudra prendre en considération, et jamais la catégorie à laquelle appartient le marchand. Ainsi, un marchand en gros de denrées coloniales a-t-il fait au débiteur des fournitures d'épicerie en détail, il faudra consulter la date de ces fournitures : si elles ne remontent pas au delà d'un an, l'action du marchand subsistera pour le tout, puisque la prescription ne s'acquiert que par un an contre les marchands indistinctement, soit qu'ils vendent en gros, soit qu'ils vendent en détail ; mais quoique le vendeur ici soit marchand en gros, comme dans l'espèce il a vendu en détail, sa créance ne sera privilégiée que pour les fournitures des six derniers mois, et elle sera simplement chirographaire pour les fournitures faites pendant les six mois précédents.

91. Que faut-il entendre par les six *derniers mois* ou par la *dernière année* ? Il est sans aucun doute que la dernière année ou les six derniers mois s'entendent ici non-seulement de ceux qui ont précédé le décès du débiteur, mais encore de ceux qui ont précédé soit sa faillite, soit sa déconfiture. Nous nous référons à cet égard à ce que nous avons dit à l'occasion du privilége pour frais quelconques de la dernière maladie (*suprà*, n° 76) : seulement, les points de départ devront être fixés avec précision, de manière à ce que le privilége du créancier, quel que soit l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers, ne s'étende jamais à plus ni à autre chose que les fournitures soit de la dernière année, soit des six derniers mois, suivant qu'il s'agit d'un marchand en gros ou d'un marchand en détail. Ainsi, le débiteur est-il décédé, le point de départ en remontant en arrière sera le décès, et les fournitures privilégiées seront celles qui auront été faites soit dans l'année, soit dans les

six mois qui ont précédé immédiatement cet événement ; le débiteur est-il en état de faillite, le point de départ sera la déclaration de faillite, jusqu'à partir de là les secours alimentaires pour le failli et sa famille sont fixés par le juge-commissaire sur la proposition des syndics (art. 474 C. comm.); le débiteur est-il en déconfiture, le point de départ sera la date de la production de ses titres, par le créancier, avec acte contenant demande en collocation, dans les termes de l'article 660 du Code de procédure. Le privilége ne pourrait donc s'appliquer à des fournitures autres que celles faites pendant l'année ou pendant les six mois qui ont précédé immédiament l'une ou l'autre de ces dates, suivant qu'on se trouve dans tel ou tel cas. La Cour de Bordeaux a très justement décidé, en ce sens, qu'un fournisseur ne peut faire remonter son privilége jusqu'au commencement d'une période de six mois précédant un règlement de compte intervenu entre son débiteur et lui. Nous retrouvons le même principe dans un autre arrêt, qui va jusqu'à décider que le privilége ne peut être réclamé pour les fournitures antérieures, lors même qu'il y eu action en payement intentée contre le débiteur avant l'expiration des six mois ou de l'année. Cela est juste au fond ; mais il ne faudrait pas pousser la solution jusqu'à une rigueur extrême ; et si, l'action une fois introduite en justice, le résultat s'en trouvait différé, par l'effet des lenteurs judiciaires, jusqu'après l'expiration des six mois ou de l'année, il y aurait injustice flagrante à dépouiller le créancier d'un privilége dont, autant qu'il a été en lui, il a voulu s'assurer les effets.

92. Les fournitures que notre article déclare privilégiées sont limitées à un autre point de vue encore ; elles ne sont privilégiées qu'autant qu'elles sont faites au *débiteur et à sa famille*, et qu'elles consistent en fournitures de *subsistances*. Sous l'un et l'autre rapport, la pensée de la loi doit être précisée.

La loi parle d'abord du *débiteur* et de *sa famille :* partant, les fournitures faites, par exemple, à un aubergiste seront

privilégiées pour la portion qui sera présumée avoir été consommée par l'aubergiste lui-même et par sa famille ; elles ne le seront pas pour la portion qui aura été employée à la nourriture des voyageurs. Il en sera de même pour les fournitures faites à un maître de pension ; privilégiées dans la mesure de ce qu'il en aura consommé lui-même pour sa famille et pour lui, elles ne le seront pas pour le surplus, c'est-à-dire pour ce qui en aura été appliqué aux besoins des professeurs et des élèves de l'établissement. Les voyageurs de l'auberge, et les maîtres ou élèves du pensionnat, sont évidemment en dehors de la famille, qui seule a préoccupé la pensée du législateur. Mais la famille comprend certainement, non-seulement les enfants, même majeurs, du débiteur, s'ils habitent avec lui et s'ils n'ont pas séparé leurs intérêts de ceux de leur père, mais encore les ascendants et tous les parents ou alliés que le débiteur a avec lui dans sa maison, et qui constituent la famille dont il est le chef (*suprà*, n° 71), et aussi les domestiques et gens de service qu'il nourrit habituellement.

La loi parle ensuite des *subsistances ;* et par là il faudra entendre tout ce que nécessite la consommation journalière du ménage en denrées alimentaires ou non. Ainsi le privilége ne s'appliquera pas aux fournitures de vêtements, et, quelque regrettable qu'il soit de refuser la sûreté du privilége pour les vêtements au moins nécessaires, il n'y a pas à hésiter, le mot *subsistances* ne pouvant à aucun titre, dans notre langue, s'appliquer aux objets dont nous nous servons pour nous vêtir. Encore moins considérera-t-on comme privilégiées les fournitures de livres, de papier, de plumes et autres du même genre que les maîtres de pension ont coutume de faire à leurs élèves. De même on ne regardera pas comme privilégiée la créance des professeurs au mois ou au cachet, soit à raison des fournitures du même genre qu'ils auraient pu faire à leurs élèves, soit à raison des leçons qu'ils ont données.—Mais les fournitures faites pour l'éclairage, pour le chauffage, la cuisson des aliments, pour le

blanchissage, sont des fournitures de subsistances au même titre que les fournitures alimentaires, parce qu'elles rentrent dans les choses *nécessaires* à la consommation du ménage aussi bien que les fournitures alimentaires dont elles sont les accessoires naturels et indispensables. Seulement, ici, comme pour les frais funéraires et ceux de la dernière maladie dont nous avons parlé plus haut, il faudra tenir compte de la position sociale du débiteur et n'accorder le privilége qu'autant que les fournitures auraient, eu égard à cette position, un caractère de véritable nécessité. Il n'y a pas, on le comprend bien, de règle précise à tracer dans cet ordre d'idées ; tout est livré à l'appréciation des tribunaux, qui, dans leur sagesse, sauront toujours donner satisfaction aux intérêts en présence.

2007. Les priviléges sur les bâtiments, leur cargaison et le fret sont déclarés au titre : *Des Bâtiments Marchands.*

2007. The privileges upon ships, upon their cargo and their freight, are declared in the title *Of Merchant Shipping.*

2008. D'autres règles relatives à l'ordre de collocation de certaines créances privilégiées se trouvent au Code de Procédure Civile.

2008. Other rules concerning the collocation of certain privileged claims, are to be found in the Code of Civil Procedure.

SECTION II.

DES PRIVILÉGES SUR LES IMMEUBLES.

2009. Les créances privilégiées sur les immeubles sont ci-après énumé-

SECTION II.

OF PRIVILEGES UPON IMMOVEABLES.

2009. The privileged claims upon immoveables, are hereinafter enumera-

rées et prennent rang dans l'ordre qui suit :

1. Les frais de justice et ceux faits dans l'intérêt commun ;

2. Les frais funéraires tels qu'énoncés en l'article 2002, lorsque le produit des biens meubles s'est trouvé insuffisant pour les acquitter ;

3. Les frais de dernière maladie tels qu'énoncés en l'atticle 2003 et sous la même restriction que les frais funéraires ;

4. Les frais de labours et de semences ;

5. Les cotisations et répartitions ;

6. Les droits seigneuriaux ;

7. La créance du constructeur, sujette aux dispositions de l'art. 2013 ;

8. Celle du vendeur ;

9. Les gages des domestiques sous la même restriction que les frais funéraires.

ted and rank in the following order :

1. Law costs and the expenses incurred for the common interest of the creditors ;

2. Funeral expenses, such as declared in article 2002, when the proceeds of the moveable property have proved insufficient to pay them ;

3. The expenses of the last illness, such as declared in article 2003, and subject to the same restriction as funeral expenses.

4. The expenses of tilling and sowing ;

5. Assessments and rates ;

6. Seigniorial dues ;

7. The claim of the builder, subject to the provisions of article 2013 ;

8. The claim of the vendor ;

9. Servants' wages, under the same restriction as funeral expenses.

[ARTICLE 2009.]

* *C. N.* 2103. } 2103. Les créanciers privilégiés sur les im-
2104. } meubles sont,

1. Le vendeur, sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix ;

S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite ;

2. Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance du vendeur, que ce payement a été fait des deniers empruntés ;

3. Les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soulte ou retour de lots ;

4. Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, recus par un expert également nommé d'office ;

Mais le montant du privilége ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits ;

5. Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers, jouissent du même privilége, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt, et par la quittance des ouvriers, ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour ceux qui ont prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble.

2104. Les priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles sont ceux énoncés en l'article 2101.

---

* *Pothier, Proc. civile, p.* 232. } On appelle frais *ordinaires* de criées, tous les frais de procédure qui, indépendamment d'aucun incident, sont nécessaires pour parvenir à l'adjudication, à commencer depuis le commandement qui précede la saisie.

Les frais *extraordinaires* sont ceux que le poursuivant a été obligé de faire sur les incidents survenus pendant le cours de la saisie-réelle ; par exemple, les frais sur un appel de la saisie-réelle, sur les oppositions, les frais d'ordre, les incidents sur l'ordre.

Le poursuivant, en faisant ces frais, a géré l'affaire commune de tous les créanciers.

Il les a faits pour l'intérêt commun de tous les créanciers, qui avoient tous intérêt que la saisie fût mise à chef, pour pouvoir être payés de leur créance, et ces frais étoient nécessaires pour l'y mettre ; il est donc juste que celui qui les a faits en soit remboursé par préférence.

On ne doit pas même obliger le poursuivant à se pourvoir contre ceux qui ont fait les incidents, et qui ont été condamnés aux dépens envers lui ; il est seulement tenu de céder, à cet égard, ses actions aux créanciers sur lesquels l'ordre manquera, pour, par eux, les exercer en sa place, ainsi qu'ils pourront.

---

* 1 *Pigeau, Proc. civ., p.* 810 *et s.* } *Des priviléges réels sur les maisons, terres, rentes, etc.*

Premier privilége. Les frais extraordinaires de criées (car les frais ordinaires sont payés par l'adjudicataire), qui sont tous ceux légitimement faits à raison des incidens qui sont survenus pendant la poursuite : tels sont ceux que le poursuivant a été obligé de faire, 1° pour parvenir au jugement d'un appel de la saisie ; 2° pour faire prononcer la main-levée

d'une opposition à fin d'annuler, de distraire ou de charge ; sans ces frais, on n'auroit pas pu faire lever l'obstacle à la vente : si cependant ceux contre qui ils ont été faits se trouvent solvables, le poursuivant doit les leur faire payer ; il ne peut les répéter sur le bien vendu, qu'autant qu'ils ne le sont pas, ou qu'ils sont de difficile discussion.

Second privilége. Les impositions royales dues sur la chose même, comme les vingtiemes. L'obligation de subvenir aux charges de l'Etat est une des premieres créances dont le bien soit grevé : sans les soins du gouvernement, que deviendroit la sûreté des propriétés, et comment s'exécuteroient les loix qui les concernent ? Cependant, cette dette ne passe qu'après les frais extraordinaires et ceux d'ordre, parce que sans la vente et la distribution, le Roi ne pourroit pas plus que les autres créanciers, être payé de ces impositions.

Troisième privilége. Les créances de ceux qui ont conservé la chose, comme les maçons et autres ouvriers qui ont fait au bien vendu, des réparations nécessaires.

Quatrième privilége. Les créances de ceux qui ont augmenté la valeur, par des ouvrages, réparations ou autrement ; (mais ce privilége n'a lieu que sur l'accroissement de valeur qu'a procuré cette augmentation.)

Il faut observer sur ces deux derniers priviléges, deux choses ; la premiere, que comme il seroit facile à un propriétaire qui s'entendroit avec un ouvrier, de faire naître une créance simulée en faveur de celui-ci, pour ouvrages prétendus faits, on a exigé pendant long-temps, pour que l'ouvrier pût se dire créancier et avoir un privilége, qu'il y eût un devis et un marché contenant le prix et le détail des ouvrages, passés devant Notaires, avec minute, ainsi qu'il étoit ordonné par une sentence du Châtelet du 3 décembre 1689, confirmée par arrêt du 31 juillet 1690 ; en conséquence, plusieurs ouvriers qui n'avoient pas pris ces précautions, ont été privés de leurs priviléges.

Mais on s'est aperçu ensuite que ces précautions elles-mêmes n'étoient pas suffisantes ; un débiteur pouvoit, de

concert avec un ouvrier, mettre dans un devis plus de réparations qu'il n'y en avoit à faire ; au moyen de quoi, cet ouvrier eut versé ensuite dans les mains de ce débiteur, l'excédant des ouvrages réellement nécessaires ou utiles, au préjudice des autres créanciers. Pour obvier à cette fraude, le Parlement rendit un arrêt de réglement le 18 août 1766, par lequel il est décidé que : " les Architectes, Entrepreneurs, " Maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtimens quelconques, ne pourront " prétendre être payés par privilége et préférence à d'autres " créanciers, du prix de leurs ouvrages, sur celui des bâtimens qu'ils auront édifiés, reconstruits ou réparés, à l'avenir, à compter du jour de la publication du présent arrêt, " qu'autant que par un Expert nommé d'office par le Juge " ordinaire, à la requête du propriétaire, il aura été préalablement dressé procès-verbal, à l'effet de constater l'état " des lieux, relativement aux ouvrages que le propriétaire " déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages, après " leur perfection, et dans l'année de leur perfection, auront " été reçus par un Expert pareillement nommé d'office par " ledit Juge, à la requête, soit du propriétaire, soit des ouvriers, collectivement ou séparément, en présence les uns " des autres, ou eux duement appellés par une simple sommation, desquels ouvrages ladite réception sera faite par " ledit Expert, par un ou plusieurs procès-verbaux, suivant " l'exigence des cas, lequel Expert énoncera sommairement " les différentes natures d'ouvrages qui auront été faits, et " déclarera s'ils ont été bien faits et suivant les règles de " l'art." Ce même arrêt permet " au Juge ordinaire de nommer, suivant sa prudence, pour ledit procès-verbal de " réception, le même Expert qui aura fait la premiere visite. " Ordonne pareillement qu'à l'avenir ceux qui auront prêté " des deniers pour payer ou rembourser les ouvriers des " constructions, reconstructions et réparations par eux faites, " ne pourront prétendre à être payés par privilége et préférence à d'autres créanciers, qu'autant que, pour lesdites

" constructions, reconstructions et réparations, les formalités " ci-dessus prescrites auront été observées ; que les actes " d'emprunts auront été passés pardevant Notaires et avec " minutes, et feront mention que les sommes prêtées sont " pour être employées auxdites constructions, reconstruc- " tions et réparations, ou au remboursement des ouvriers " qui les auront faites, et que les quittances des paiemens " desdits ouvrages porteront déclaration et subrogation au " profit de ceux qui auront prêté leurs deniers, lesquelles " quittances seront passées pardevant Notaires, et dont il y " aura minute, sans qu'il soit nécessaire de devis et marchés " et autres formalités que celles ci-dessus prescrites."

Une seconde chose à observer sur ces troisieme et quatrieme priviléges ci-dessus, est qu'ils n'ont lieu que sur le prix de la partie du bien à laquelle l'ouvrage a été utile ou nécessaire : ainsi, lorsqu'on fait des réparations ou augmentations à une maison, le privilége n'a lieu que sur la bâtisse, et non sur la terre sur laquelle elle est assise. Mais comme le bien est toujours vendu pour un seul prix, sans que l'on spécifie pour combien la terre et la bâtisse sont entrées, chacune de son côté, en considération dans le prix total, il faut l'examiner avant tout, et diviser, par conséquent, le prix de l'adjudication en deux parties, une pour la terre, et une autre pour la bâtisse : cette division s'appelle *ventilation*.

Cette opération peut se faire à l'amiable entre toutes les Parties intéressées, ou par quelqu'un dont elles conviennent ; elles ne sont obligées de recourir aux voies judiciaires, que lorsqu'elles ne s'accordent pas.

Dans ce dernier cas, le créancier qui prétend le privilége, forme contre le saisi, le poursuivant ordre et le Procureur plus ancien des opposans, une demande en ventilation en cette forme :

" A venir plaider, etc. par Mes...... etc. sur la requête du sieur Louis, maître Maçon à Paris, créancier privilégié du sieur Pierre, de la somme de 8050 liv. pour ouvrages de ma-

çonnerie faits pour lui à la maison ci-après désignée, et ayant sur lui formé opposition au décret d'une maison sise, etc.

Pour répondre sur ce qu'au mois de juillet 1774, le sieur Pierre, lors propriétaire de ladite maison, se voyant obligé d'y faire faire des réparations, s'adressa au demandeur; avant de procéder à leur réfection, ledit sieur Pierre fit nommer d'office par M. le Lieutenant Civil, le sieur...... Expert, à l'effet de constater la nécessité de ces réparations et l'état des lieux : cet Expert ayant rempli sa mission, ces ouvrages furent faits et reçus par le même Expert, nommé encore d'office par M. le Lieutenant Civil, par procès-verbal du...... par lequel le dit Expert a déclaré ces ouvrages faits suivant les regles de l'art, et les a estimés en totalité la somme de 8050 liv. de laquelle le demandeur n'a point été payé, et pour laquelle il exerce aujourd'hui un privilége sur le prix de la vente de ladite maison ; mais, comme les autres créanciers dudit sieur Pierre veulent restreindre son privilége au prix de la bâtisse, à laquelle seule ces ouvrages ont été utiles, et donné une augmentation de valeur ; qu'il est pour cela nécessaire de faire une ventilation du prix de ladite bâtisse d'avec celui du fonds ; il donne la présente requête et conclut,

A ce qu'à sa requête, poursuite et diligence, il soit procédé à ladite ventilation ; à l'effet de quoi, ladite maison et le fonds sur lequel elle est assise, seront vus et visités par Experts convenus ou nommés d'office, lesquels estimeront ledit fonds et ladite maison séparément, et diront pour combien chacun est entré en considération dans le prix de l'adjudication, pour leur rapport fait et rapporté, être ordonné ce que de raison ; qu'il sera donné lettres au demandeur, de ce qu'il nomme pour son Expert le sieur...... tenus, les adversaires, de convenir d'un et le nommer dans le jour de la sentence à intervenir, sinon, et ledit temps passé, en vertu de ladite sentence et sans qu'il en soit besoin d'autres, que ladite ventilation sera faite par ledit sieur ..... lequel sera nommé d'office pour toutes les Parties ; et aller avant, requérant dépens en

cas de contestation, dont, en tout événement, il sera remboursé par privilége, comme de ses créances. Fait, etc."

Le saisi, le poursuivant et le plus ancien des opposans, doivent s'accorder sur le choix d'un Expert ; aucun d'eux n'a le privilége exclusif de le nommer, parce qu'ils ont tous un intérêt à-peu-près égal ; s'ils ne conviennent pas, le Juge en nomme un d'office ; il le peut même pour toutes les Parties.

Les Experts estiment, non pas d'après la valeur réelle du bien vendu, mais d'après le prix de la vente, c'est à-dire, en faisant souffrir à la bâtisse, sa portion contributoire dans la perte, si le bien n'a pas été vendu sa véritable valeur, et en lui donnant sa portion dans l'excédant, s'il a été vendu au-delà.

Le rapport fait, s'il n'y a rien à opposer contre, le créancier en demande l'entérinement en cette forme :

" A venir, etc. pour voir dire que le rapport d'estimation ordonné par la sentence du......... fait par...... sera entériné pour être exécuté selon sa forme et teneur ; en conséquence, que sur la somme de 15000 liv. pour laquelle lesdits Experts ont estimé que ladite maison est entrée en considération dans le prix total de l'adjudication, le demandeur sera payé par privilége et préférence à tous créanciers, de la somme de 8050 liv. montant des ouvrages par lui faits à ladite maison, ensemble des intérêts d'icelle, du jour de la demande ; et aller avant, requérant dépens en cas de contestation, dont ", etc.

Sur cette demande, intervient sentence conforme : le privilégié fait taxer ses frais, et produit avec sa requête de collocation, non-seulement les procès-verbaux constatant la nécessité et la réception des ouvrages, mais encore la sentence ci-dessus, avec l'exécutoire.

Cinquième privilége. Les droits de quints, lods et ventes, cens et autres profits de droits seigneuriaux, dus sur les biens vendus par les précédens propriétaires qui ne les ont pas payés ; sauf le recours des créanciers du saisi, contre ces autres propriétaires : l'art. 358 de la coutume accorde au

Seigneur la préférence à tous autres : la raison est que, dans l'origine, les biens sur lesquels sont dus ces droits, appartenoient au Seigneur, et n'ont été concédés par lui que sous la redevance de ces droits. On ne pouvoit même autrefois, vendre ces biens qu'avec la permission du Seigneur qu'il pouvoit refuser. Si, pour faciliter le commerce des immeubles, on a établi ensuite que ce consentement ne seroit pas nécessaire, on n'a pas aboli le droit que le Seigneur pouvoit exiger, ni le privilége qu'il avoit en conséquence.

Sixième privilége. Le vendeur, pour le prix qui lui reste dû de la vente, ceux qui sont à ses droits, les bailleurs de fonds, tant pour le principal que pour les intérêts et arrérages du prix : on regarde comme tels les co-partageans à qui il est dû sur le bien une soulte de partage.

Le créancier d'une rente fonciere rachetable est aussi privilégié pour le principal ; mais si elle est non-rachetable, il ne l'est que pour les arrérages, le fonds étant adjugé à la charge de la rente.

Ceux qui ont prêté pour rembourser des bailleurs de fonds sont à leurs droits : s'il y en a plusieurs : d'Héricourt, p. 229 et suivantes, agite la question de savoir, si le premier sera préféré aux autres. Il se décide avec raison pour l'égalité, parce que les privilégiés sont également favorables ; que d'ailleurs, le premier qui a prêté ne se trouve subrogé au vendeur, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a fourni pour payer celui-ci, et que ceux qui donnent pour achever le paiement, sont également subrogés jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont prêté. Enfin, puisque l'ordonnance de la marine, liv. 1, tit. 14, accorde à tous ceux qui ont contribué de leurs ouvrages ou fournitures, à la construction d'un vaisseau, un privilége égal sur ce vaisseau (parce qu'ils méritent la même faveur), on doit prononcer ici la même chose, puisqu'il y a même raison.

---

* 10 *Pont, Priv., sur art.* 2100 *C. N.* } 184. L'art. 2101 a fait connaître les priviléges établis par le Code civil sur la généralité des meubles ; l'art. 2102 a dit ensuite quelles sont, encore d'après le Code civil, les créances privilégiées spécialement sur certains meubles : l'art. 2103 nous place maintenant en présence d'une autre catégorie de priviléges, celle des priviléges qui affectent spécialement certains immeubles. Ils sont indiqués, par ce dernier article, dans cinq numéros comprenant : 1° le privilége du vendeur, 2° celui des prêteurs de fonds pour l'acquisition d'un immeuble, 3° celui des cohéritiers, 4° celui des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, et 5° celui des prêteurs de fonds pour payer ou rembourser les ouvriers. Mais en réalité ces cinq priviléges se réduisent à trois, qui sont, dans l'ordre de l'énumération faite par notre article, le premier, le troisième et le quatrième. Les deux autres, relatifs aux prêteurs de deniers, ne constituent pas deux priviléges distincts ; ils se confondent en quelque sorte avec le premier et le quatrième, en ce que, au lieu d'être exercés par le créancier primitif, ils sont exercés par son ayant cause. A vrai dire même, la disposition de notre article est surabondante en ce qui concerne ces deux priviléges, puisqu'elle se borne à reproduire les principes de la subrogation conventionnelle déjà consacrée par le n° 2 de l'art. 1250 du Code civil.

Quoi qu'il en soit, nous nous occuperons successivement de ces divers priviléges, sauf à réunir le 2e et le 5e dans notre commentaire, le mode de subrogation étant le même pour l'un et pour l'autre.

Du reste, pas plus dans l'ordre qui a été pris par la loi que dans celui que nous allons suivre, il ne faut voir un classement par rang de préférence. Ce classement, dans le cas de concours de priviléges spéciaux entre eux, n'a été indiqué dans notre article que pour un cas particulier, celui de ventes successives, encore même l'ordre indiqué pourra-t-il être modifié maintenant par l'effet de la loi du 23 mars 1855

sur la Transcription. Quant aux autres cas, ils doivent être réglés d'après le principe général posé dans l'art. 2096. Mais c'est un point sur lequel nous reviendrons, après avoir dit qui a droit aux privilèges dont il s'agit ici, en quoi ils consistent, et à quelles conditions ils sont accordés.

Voy. *Couchot*, cité sur art. 1995, *Sts. Ref. du B. C.*, ch. 15, s. 76 ; ch. 18, s. 32 ; ch. 24, s. 56, § 15 ; ch. 37, s. 8 ; ch. 41, s. 50.

---

* *Héricourt, Vente des immeubles, ch.* 11, *sec.* 1, *n°* 1, 3, 4, 5. } 1. Le privilege est le droit que la qualité de la créance donne à un créancier, d'être préféré aux autres créanciers antérieurs, même hipotequaires. Entre les créanciers privilegiés, la préference ne se regle point sur la date de l'obligation, mais sur le plus ou le moins de faveur de la créance. Ceux que l'on préfere à tous les autres privilegiés, sont les Seigneurs pour les droits Seigneuriaux, le poursuivant pour les frais des criées et de l'ordre, ceux qui demandent les frais funéraires du défunt, quand le bien est décreté sur l'heritier, ou sur le Curateur à la succession vacante.

3. Les frais des decrets pour lesquels le poursuivant est colloqué par privilege, ne sont point les frais ordinaires des decrets, au moins dans les lieux où l'on suit l'Edit de 1551, parce que l'article 12 de cet Edit veut, que les héritages criés soient adjugés à la charge des frais et mises desdites criées, et par conséquent que les adjudicataires soient tenus de les acquitter. Ce sont les frais extraordinaires pour lesquels le poursuivant a un privilege, quand même il seroit des derniers créanciers ; parce que ces frais ne se font que pour parvenir au payement des créanciers utilement colloqués, et pour la conservation de leurs droits.

4. On appelle frais ordinaires tous ceux des procedures qu'on est obligé de faire pour parvenir à mettre le decret à

fin, sans aucun incident, telles que sont le commandement recordé qui précede la saisie, l'exploit de saisie réelle et la signification, l'enregistrement de la saisie et la signification, les criées, la certification, le congé d'adjuger, les publications pour parvenir à l'adjudication, la signature et le scel du decret, etc. On nomme frais extraordinaires les procedures incidentes qui ne sont point nécessaires pour la validité du decret, sans lesquelles neanmoins on n'a pû parvenir à l'adjudication, et tous les frais de l'ordre et des incidens sur l'ordre. L'on met au rang des frais extraordinaires, dont le poursuivant est remboursé par privilege, ceux qu'il a faits pour parvenir au Jugement d'un appel de la saisie, ou de quelqu'autre procedure, pour faire débouter un opposant à fin de distraire, ou à fin de charge, pour contester une opposition à fin de conserver, ce qui a lieu même dans les cas où le poursuivant succomberoit dans ces incidens, et seroit condamné aux dépens envers les Parties, parce qu'on suppose que toutes ces procedures ont été faites de bonne foi, pour la conservation des droits des créanciers utilement colloqués. Cependant si les Juges reconnoissent que les procedures sont absolument inutiles, ou qu'elles sont l'effet d'une pure chicane de la part du poursuivant, ils doivent le condamner aux dépens, et ajouter qu'il ne pourra employer ces dépens en frais extraordinaires de criées. Il est aussi du devoir des Juges d'empêcher que l'on ne passe en frais extraordinaires de criées, les écritures inutiles d'un poursuivant. A quoi sert, par exemple, de faire une longue piéce d'écriture, et d'imaginer des raisons frivoles, et dont l'on sent toute la faiblesse, contre les moyens d'un opposant, pour déclarer ensuite qu'on s'en rapporte à la Cour, ou pour soutenir un opposant non-recevable, pendant qu'on est convaincu de la justice de ses moyens d'opposition. Toutes ces écritures ne tendent qu'à consommer en frais une partie du prix de l'adjudication, et on ne devroit laisser passer en taxe ces sortes d'écritures, que quand on reconnoîtroit que la demande de l'opposant étoit susceptible d'une véritable difficulté, et qu'il

étoit de l'intérêt des créanciers qu'elle fût discutée avec étenduë.

On comprend encore dans les frais extraordinaires des decrets, ceux qui ont été faits par le poursuivant, contre les Parties qui ont été déboutées de leur opposition, ou de quelqu'autre demande, et condamnée aux dépens. Car, quoique le poursuivant puisse agir contre ces Parties pour se faire rembourser, on a cru ne devoir pas l'engager à faire de nouvelles procedures, après toutes les avances qu'il avoit été obligé de faire pour les decrets, ni l'exposer à perdre ces frais, si ceux contre lesquels il a été obligé de les faire pour le bien des créanciers se trouvent insolvables. On réserve aux créanciers qui ne se trouvent point utilement colloqués à faire des poursuites contre les Parties qui ont succombé, pour se faire payer des dépens.

Dans les Jurisdictions, comme celles de l'Artois, où l'adjudicataire n'est point chargé de droit des frais ordinaires de criées, ces frais se prennent par privilege sur le prix de l'adjudication, à moins que l'on n'ait marqué expressément dans les affiches, que l'adjudicataire demeureroit chargé des frais ordinaires du decret.

Il est de la regle de donner un privilege pour les arrerages, et même pour le principal du surcens et de la rente fonciere, en cas qu'il n'y ait point eu d'opposition à fin de charge, à l'opposant proprietaire du surcens, ou de la rente fonciere, parce que s'il n'avoit point cedé le fond à la charge du surcens et de la rente, la Partie saisie et par conséquent ses créanciers, n'auroient eu aucun droit sur le fond.

5. Pour ce qui est du privilege pour les frais funéraires, et pour ceux de la derniere maladie de celui à qui les fonds appartenoient, on ne les accorde que dans le cas où ceux à qui ils sont dûs, n'ont pû en être payés sur les meubles, et sur les autres effets mobiliers du défunt. La nécessité de ces dépenses a obligé de favoriser de ce privilege ceux qui les ont faites, à l'exemple des Loix Romaines, dont la 45, *ff. de relig. et sumpt. funer.* dit, *impensa funeris...... omne debitum*

solet præcedere, cum bona solvendo non sint. Ce qui doit s'entendre, selon la Loi 14, au même titre, de dépenses modérées, suivant la condition, l'état et le bien du défunt.

---

* *Grenier, Comm. sur Edits des Hyp., de* 1771, *art. XIX, p.* 368 *et s.* } Le *privilége* est un droit en vertu duquel un créancier doit être payé avant les autres, et même avant les hypothécaires, quoique plus anciens que lui. *Privilegia non ex tempore sed causâ, l.* 32, *de reb. auct. jud.*

Nous allons parcourir les différentes sortes de priviléges, suivant l'ordre dans lequel il nous semble qu'ils doivent être placés.

1° Le receveur des consignations est le premier payé de ses droits de consignation, sur le prix consigné en ses mains. *Edit de* 1689, *art.* 28.

Sur quoi remarquez que les secrétaires du roi ont le privilége qu'il n'est dû aucuns droits de consignations lorsque leurs biens sont vendus par décret ; ils y sont seulement sujets pour les biens dont ils se rendent adjudicataires. *Déclaration du* 2 *avril* 1712, *Pothier, loco citato, n.* 126.

Il semble que ce privilége devroit avoir lieu dans le cas des lettres de ratification, parce qu'elles tiennent lieu d'adjudication, et qu'un débiteur qui est obligé d'essuyer les frais d'un ordre en exécution des lettres, mérite la même faveur que celui qui subit la saisie réelle.

2° Après le receveur, le poursuivant doit être colloqué pour les frais extraordinaires des criées.

En matière de lettres de ratification, comme en décret, l'on doit regarder comme frais extraordinaires des criées les frais faits pour faire ordonner la consignation et parvenir à l'ordre, à compter inclusivement des extraits des oppositions qu'on aura retirés au bureau des hypothèques, pour connoître les créanciers opposants et les faire assigner ; on ne voit pas d'inconvéniens à ce que l'acquéreur, s'il a fait les frais jusqu'à la consignation, demande d'être autorisé à se

les retenir sur le prix, même avant la consignation, suivant la taxe qui en sera faite.

A l'égard des frais ordinaires de criées, ce sont ceux qui, indépendamment d'aucun incident, sont nécessaires pour parvenir à l'adjudication, à commencer par les commandemens qui précèdent la saisie. Ces frais sont toujours à la charge de l'adjudicataire.

Les frais du dépôt du contrat et des lettres de ratification doivent être considérés comme frais ordinaires, et être à la charge de l'acquéreur qui tient lieu d'adjudicataire. C'est par cette raison qu'un lignagier qui exerceroit le retrait, seroit obligé de les rembourser à l'acquéreur. Il en étoit de même pour les frais du décret volontaire.

3° Le seigneur, pour les droits seigneuriaux casuels déjà échus. Pourvu qu'il ait formé opposition, il est privilégié pour ceux qui lui sont dus par le vendeur et par ses auteurs. Pothier, *introd. au tit.* 21 de la coutume *d'Orléans*, *n.* 130.

A l'égard de ceux de la vente sur laquelle s'obtiennent les lettres de ratification, ils sont dus par l'acquéreur, comme ceux dus à raison de l'adjudication le sont par l'adjudicataire. *Pothier*, *ibid.*

Il s'est élevé la question de savoir lequel des deux devoit être préféré à l'autre, ou du seigneur ou du poursuivant l'ordre. La coutume de Paris, *art.* 358, dit simplement que les seigneurs *sont préférés à tous autres créanciers*. D'Héricourt, *chap.* 11, *sect.* 1*ère*, *n.* 6, le Maître *sur l'art.* 12 *de l'édit des criées*, *chap.* 41, et Duplessis, *traité des criées*, se sont décidés en faveur du seigneur. Mais Pothier, *n.* 130, dit qu'on lui a assuré que l'avis contraire au leur prévaloit dans l'usage ; nous ajouterons une autorité bien respectable en faveur de cet usage, c'est l'opinion de Tronçon, *sur le dit art.* 358.

Au surplus, il faut suivre à ce sujet les dispositions particulières des coutumes : celle d'Auvergne, *art.* 42 *du tit.* 24, dit que, *quant à la distribution desdits héritages criés, seront premièrement et avant toute œuvre, pris et payés les frais des*

criées, et après les arrérages des cens et héritages criés, si aucuns en sont dus et demandés.

M. Chabrol, après avoir fait remarquer l'équivoque que renferme cet article, dit, " que l'esprit de la loi est que ces " frais doivent être pris d'abord *et avant toute œuvre*, comme " elle dit, *et après*, c'est-à-dire, *ensuite* les arrérages de cens, " le mot *après*, doit être suivi d'une virgule."

Mais cette interprétation n'est pas sans difficulté : en premier lieu, dans les anciennes éditions de la coutume, *après* n'est pas suivi d'une virgule, et cette partie de l'article, *et après les arrérages de cens des héritages criés, si aucuns en sont dus et demandés*, peut très-bien être regardée comme un correctif de la partie qui précède, *seront premièrement et avant, etc.*

En second lieu, il faut interpréter cet article 42, par l'article 35; or, ce dernier article fait marcher les droits seigneuriaux avant les frais des criées: *droits et devoirs seigneuriaux directs, frais des criées préalablement payés.*

En troisième lieu, il ne seroit pas étonnant que l'on eût cette idée en 1510, époque de la rédaction de la coutume, puisque cela étoit observé au parlement de Paris depuis long-temps, d'après un arrêt de 1467, V. le Maître sur *l'art.* 12 *de l'édit des criées ;* et d'Héricourt, *loco citato*, n. 6.

4° Ceux qui ont fait quelqu'ouvrage sans lequel le fonds auroit été emporté par la mer ou par une rivière, les maçons qui ont construit ou réparé la maison. Leur privilége dérive de ce qu'ils ont conservé le fonds pour l'intérêt commun du propriétaire et de ses créanciers, *salvam fecit totius pignoris causam, l.* 6, *ff. qui potiores in pign.* Ils doivent donc être préférés au vendeur même, ils conservent l'objet comme font ceux qui payent le droit annuel dû par les offices, et qui sont préférés sur le prix de l'office au vendeur même. *D'Héricourt, n.* 14. *Idem*, de ceux qui ont fourni les deniers pour les réparations, pourvu que la quittance des ouvriers en contienne la mention, *d'Héricourt, n.* 7.

Mais observez que le privilége en faveur de toutes ces per-

sonnes n'a lieu que sur une partie du prix, proportionnée à l'augmentation de la valeur survenue dans l'objet au moyen de ces réparations, le reste doit appartenir aux autres créanciers. *D'Héricourt, ibid. Banage, traité des hypothèques, chap.* 14, Pothier, n. 129.

Il sembleroit que le maçon devroit être préféré au seigneur, comme aussi au vendeur, néanmoins les arrêts ont jugé le contraire. *Laurent Jovet, Bibliot. des arrêts*, au mot *préférence des créanciers, chap.* 17, *n.* 5.

On pourroit dire que celui qui est créancier pour frais de partage de l'objet, a un privilége semblable à celui du maçon ou entrepreneur. On peut assimiler à la conservation de la chose, sa détermination.

5° Le vendeur pour le prix de la vente, *V. Denisart, au mot* ordre, *n.* 15. Les créances résultantes des soultes de partage, ont le même privilége. *Denisart, ibid. n.* 17. Celui qui paye pour acquérir l'héritage a le même privilége que le vendeur, et si plusieurs ont prêté, ils concourent ; celui qui a prêté le premier n'a pas plus de privilége que ceux qui ont prêté après ; *d'Héricourt, n.* 16, contre *Banage.*

6° Celui qui a fourni les frais funéraires a un privilége, même sur les immeubles, pourvu toutesfois que les meubles n'aient pas été suffisans pour le payer. La faveur de cette créance a donné lieu à cette extension. *D'Héricourt, n.* 5, *Pothier sur Orléans, n.* 128.

7° Il en est de même de ce qui est dû au médecin, chirurgien et apothicaire, pour la dernière maladie. Ils concourent ensemble. On leur accorde un privilége sur les immeubles, si les meubles ne se sont pas trouvés suffisans pour les payer. V. là-dessus Laurent-Jovet, *Bibliot. des arrêts,* au mot *préférence,* n. 2, 3 et 4, Tronçon *sur l'article* 125 *de la coutume de Paris,* verbo, *apothicaire.* Remarquez que les médecin, chirurgien et apothicaire doivent être placés dans ce rang, respectivement anx autres créanciers privilégiés. Parce que les arrêts leur ont préféré le maçon ou entrepreneur et le sei-

gneur direct, pour les droits seigneuriaux, *Jovet, ibid. n.* 5, *et Tronçon, ibid.*

Il faut encore faire sur cette matière trois observations.

La première, qu'au parlement de Toulouse, conformément à la loi *assiduis*, au code *qui potiores*, la femme est préférée pour la restitution de sa dot, à tous les créanciers de son mari, quoiqu'antérieurs à son contrat de mariage. Mais ce privilége cesse à l'égard des créanciers qui, lors du mariage, lui ont notifié leurs créances. *V.* CATELLAN, *tom.* 2, *chap.* 3, *et suiv.* et d'Héricourt, *n.* 10.

La seconde, que lorsqu'il se présente tout-à-la-fois des créanciers du vendeur et de ses auteurs, ceux des auteurs sont tous préférés sur les biens provenans de ceux-ci, même quand ils seroient chirographaires, à ceux qui sont seulement créanciers du défunt, même hypothécaires. Pothier, *loco citato*, n. 132, Denisart, au mot *ordre*, *n.* 18.

La troisième, que si le vendeur est un officier comptable, et s'il est redevable au roi, sa majesté est préférée sur le prix des immeubles acquis par le comptable, depuis qu'il est entré en fonctions ; *édit d'août* 1669, *art.* 1, *Potier, loco citato*, n. 134 ; le même privilége appartient aux fermiers du roi, d'Héricourt, n. 12. Il paroît cependant que les frais extraordinaires de poursuite, le seigneur direct, le vendeur, le maçon ou entrepreneur, doivent être préférés au roi, par les raisons déduites ci-dessus, en parlant de ces différentes créances, ou par les auteurs auxquels on a renvoyé.

Sur les priviléges, lorsqu'il est question de la distribution du prix des offices, v. d'Héricourt, *n.* 12 *et suivans.* Denisart, au mot *ordre, n.* 11, et le traité de *la procédure* de Me Pigeau, ouvrage aussi précieux pour les savans que pour les commençans, tom. 1er, pag. 814, voyez aussi ce dernier auteur, pag. 813, pour les priviléges réels sur les rentes dues par le roi.

Il y a d'autres priviléges qui sont restreints seulement sur les meubles. Duplessis, sur la coutume de Paris, *pag.* 621, *édit de* 1709, les a présentés dans l'ordre dans lequel ils

doivent être préférés respectivement entr'eux ; il suffit d'y renvoyer : v. aussi Denisart, au mot *privilége*, n. 13 et au mot *loyers*.

Après les créanciers privilégiés, les créanciers hypothécaires sont colloqués, chacun selon la date de son hypothèque, suivant la règle, *qui prior tempore potior jure*.

2010. Le privilége pour les frais de labours et de semences a lieu sur le prix de l'immeuble vendu avant la récolte faite, jusqu'à concurrence seulement de la plus-value donnée par ses travaux.

2010. The privilege for expenses of tilling and sowing attaches upon the price of immoveables sold before the harvest is gathered, to the extent only of the additional value given by such tilling and sowing.

---

* *Héricourt, Vente des immeubles, ch.* 11, *sec.* 1, *n°* 8. } Le Fermier qui a cultivé ou ensemencé les terres l'année de la saisie réelle, et qui ne fait point la récolte, parce qu'il est évincé par le Fermier judiciaire, doit aussi être remboursé par privilege des frais de la culture des terres et des semences, puisque sans ces dépenses, les créanciers n'auroient point profité de la recolte de cette année.

S'il y a des opposans à fin de distraire, ou de charge, dont l'opposition ayant été formée trop tard, aient été convertie en opposition à fin de conserver, il faut les colloquer par rapport à la portion du fond, dont ils étoient proprietaires, et par rapport à la valeur de la vente, au même rang que les vendeurs, et concurremment avec eux, puisque c'est véritablement une partie de leur fond qui se trouve venduë.

Voy. *Pigeau*, cité sur art. 2009 et *Pothier*, cité sur art. 2006.

[ARTICLE 2011.]

2011. Les cotisations et répartitions privilégiées sur les immeubles sont :

1. Les cotisations pour la construction ou réparation des églises, presbytères et cimetières ; néanmoins dans tous les cas où un immeuble a été acquis d'une personne qui ne professe pas la religion Catholique Romaine, avant d'être assujetti à telle cotisation, le privilége pour cette cotisation ne prend rang qu'après la créance du bailleur de fonds et tous les priviléges et hypothèques antérieures à cette acquisition :

2. Les taxes d'écoles ;

3. Les cotisations municipales, dont cependant il ne peut être réclamé plus de cinq années d'arrérages outre la courante, sans préjudice aux cas spéciaux où une prescription plus courte est établie.

Ces créances n'ont de priviléges que sur l'immeuble imposé spécialement, et les deux derniers viennent en concurrence après les cotisations mentionnées en premier lieu.

2011. The assessments and rates which are priviledged upon immoveables are :

1. Assessments for building or repairing churches, parsonages or churchyards ; but in cases where an immoveable has been purchased from a person who does not profess the Roman Catholic religion, before it was assessed for such purposes, the privilege for such assessment must rank after the vendor's claim, and all privileges and hypothecs anterior to such purchase ;

2. School rates ;

3. Municipal rates, of which however only five years of arrears, besides the current year, can be claimed, without prejudice to cases under special statutes establishing a shorter prescription.

These claims are privileged only upon the immoveable specially assessed, and the last two rank concurrently after those mentioned in paragraph 1.

Consultez *S. R. B. C.*, ch. 18, s. 32 ; ch. 15, s. 76 ; ch. 24, s. 56, § 15, s. 61.

Voy. *Pigeau*, cité sur art. 2009.

2012. Le privilége des droits seigneuriaux s'étend à tous les arrérages des droits seigneuriaux, et, au même titre, aux arrérages échus des rentes constituées sur la commutation des droits seigneuriaux, pour cinq années seulement et la courante.

2012. The privilege for seigniorial dues applies to all arrears of such dues, and extends equally to arrears of rents constituted in commutation of seigniorial dues, for five years only, besides the current year.

Voy. *Pigeau*, cité sur art. 2009.

Consultez *S. R. B. C.*, ch. 41, s. 50.

2013. Le constructeur, ou autre ouvrier et l'architecte ont droit de préférence seulement sur la plus-value donnée à l'héritage par leurs constructions, à l'encontre du vendeur et des autres créanciers, pourvu qu'il ait été fait, par un expert nommé par un juge de la Cour Supérieure dans le district, un procès-verbal

2013. Builders, or other workmen, and architects, have a right of preference over the vendor and all other creditors, only upon the additional value given to the immoveable by their works, provided an official statement establishing the state of the premises on which the works are to be made, have been previously

constatant l'état des lieux où les travaux doivent être faits, et que dans les six mois à compter de leur achèvement les ouvrages aient été acceptés et reçus par un expert nommé de la même manière, ce qui doit être constaté par un procès-verbal contenant aussi une évaluation des ouvrages faits; et dans aucun cas le privilége ne s'étend au-delà de la valeur constatée par le second procès-verbal, et il est encore réductible au montant de la plus-value qu'a l'héritage au temps de la vente.

Au cas d'insuffisance des deniers pour satisfaire le constructeur et le vendeur, ou de contestation, la plus-value donnée par les constructions est constatée au moyen d'une ventilation faite conformément aux prescriptions contenues au Code de Procédure Civile.

made by an expert appointed by a judge of the Superior Court in the district, and that within six months from their completion such works have been accepted and received by an expert appointed in the same manner, which acceptance and reception must be established by another official statement containing also a valuation of the work done; and in no case does the privilege extend beyond the value ascertained by such second statement, and it is reducible to the amount of the additional value which the immoveable has at the time of the sale.

In case the proceeds are insufficient to pay the builder and the vendor, or in cases of contestation, the additional value given by the buildings is established by a relative valuation effected in the manner prescribed in the Code of Civil Procedure.

Voy. autorités citées sur art. 2009.

* 1 *Troplong, Priv. sur art.* 2103, *C. N. n°* 241 *et s.* } 241. Par un S. C. (1), fait sous Marc-Aurèle, il fut décidé que lorsqu'une maison était détruite, celui avec l'argent duquel elle était reconstruite, ou qui aurait payé l'entrepreneur de ses deniers, aurait une hypothèque tacite sur elle (2).

Par deux autres lois, on voit que dans le même cas, le créancier avait un privilége personnel *inter chirographarios*(3).

Suivant Cujas, celui qui aurait fait reconstruire la maison, sans l'attache du maître, n'en aurait pas moins eu une hypothèque tacite privilégiée. " Puto etiam eodem S. C. da-" tam hypothecam tacitam ei qui, cessante domino, domum " alienam restituit vel restauravit, quoniam et huic invenio " ex oratione D. Marci dari privilegium exactionis inter " chirographarios (4)."

Mais, s'agissait-il d'argent prêté ou payé aux ouvriers pour faire de simples réparations, Cujas ne voulait pas que les créanciers eussent privilége. " Et dicam non dari tacitam " hypothecam ei qui credidit ad domum reficiendam, non " restituendam, sed hoc tantum ei dari, ut, si de pignore vel " hypothecâ convenerit nominatim, in eâ præferatur etiam " antiquoribus hypothecariis vel chirographariis.. Fecimus " igitur differentiam inter restituere domum et reficere, I. " 68 et 61. *De leg.* 1°. Plus sanè multo *restituere* quàm *reficere*, " et perperàm Bartolus hoc loco restitutionem interpretatur " refectionem (5).

Ce privilége, accordé pour reconstruction d'une maison détruite, était fondé sur la nécessité de faire disparaître les ruines qui donnaient à la ville un aspect hideux, " *ne urbs ruinis deformetur !* " et il est évident que ce motif ne militait

(1) J'ai parlé de ce sénatus-consulte n. 174.

(2) L. 1, D. *In quib. causis pignus tacitè.*

(3) L. I, C. *De cessione* bonor. L. 26, D. *De rebus auct.* Pothier, Pand., t. 1, p. 563, n. 2 ; t. 3, p. 186, n. 33.

(4) Respons. Papiniani, lib. 10, sur la loi 1, *In quib. causis.*

(5) *Loc. cit.*

pas avec la même force en faveur de simples réparations (1).

Néanmoins, la jurisprudence française, presque toujours dirigée par un sentiment d'équité plus large que le droit romain, préféra par ce motif l'opinion de Bartole, quoique moins conforme aux textes que celle de Cujas. Brodeau rapporte un arrêt du 12 avril 1557 qui accorde un privilége à celui dont les deniers avaient servi à réparer (2), et cela paraît toujours avoir été jugé depuis, sans difficulté.

242. Il est notable que l'hypothèque tacite privilégiée n'avait lieu chez les Romains que pour la reconstruction d'un édifice détruit. On ne l'étendait pas aux autres ouvrages de construction, pas même à la *construction* des vaisseaux ; quoique cependant la législation de Rome encourageât d'une manière particulière le commerce maritime (3). La construction d'un navire ne donnait lieu qu'à un simple privilége personnel (4).

Ces inégalités du droit romain, ces bigarrures difficiles à expliquer, disparurent dans la jurisprudence française, qui généralisa le principe posé par le S. C. de Marc-Aurèle. Basnage dit positivement que les ouvriers travaillant à la construction d'un vaisseau, ont *hypothèque tacite* (5) ; et le Code n'a fait que se conformer à ce qui existait avant lui, en accordant privilége (ce qui, dans l'état de choses actuel, équivaut à l'hypothèque privilégiée des Romains), pour tous travaux d'art quelconques.

On voit donc que si nous avons puisé dans les lois romaines le principe du privilége dont il s'agit ici, nous l'avons organisé sur des bases beaucoup plus étendues. Du reste, les textes latins ci-dessus cités ne parlent que du prêteur de

(1) Vinnius, Quæst. select., lib. 2, cap. 4.

(2) Sur Louet, lettre H, som. 21, n. 3.

(3) Vinnius, Quæst. selectæ, lib. 2, cap, 4. *Suprà*, n. 174.

(4) L. 26 et 34, *De Privilegiis creditor*, Pothier, Pand., t. 2, p. 186, n. 33.

(5) Chap. 14, p. 63.

deniers, ou de celui qui a payé l'ouvrier ; mais à combien plus forte raison ne sont-ils pas applicables aux ouvriers eux-mêmes qui réclament leur dû ! Le Code a donc, avec juste raison, commencé par établir le privilége à l'égard des ouvriers. Ce n'est que dans le n° 5 qu'il parle de ceux qui ont prêté des deniers pour rembourser les ouvriers.

242 *bis*. Notre article ne donne privilège que pour les travaux d'art qui ont *édifié* des ouvrages. qui les ont *réparés* ou *reconstruits*. Ce qui s'applique à la confection de canaux, à la construction de bâtiments, etc.

Mais serait-ce étendre la portée de notre article que de le faire profiter aux auteurs de grands travaux d'agriculture, telle que défrichements, plantations de vignes ou de bois ?

M. Tarrible opine pour l'affirmative (1) ; et l'on ne peut nier que cette solution ne soit conforme au texte précis de l'art. 2103. Aussi a-t-il fallu que la loi du 16 septembre 1807 (2) intervînt pour accorder privilége pour les travaux de *dessèchement*.

La loi du 20 avril 1810 accorde privilége aux travaux pour recherches de mines (3).

243. Le privilége des ouvriers n'a pas lieu indéfiniment, *sed in quantum res pretiosior facta est*. Telle était la règle dans l'ancienne jurisprudence (4). Cependant, on faisait une distinction, ainsi qu'on le voit dans Pothier (5) : " Observez

(1) Répert., Privilége, sect. 4, § 4. Dalloz, Hyp., p. 52, n. 29.

(2) Tit. 5, art. 23.

(3) Dalloz, Hyp., p. 53, note 1.

(4) *Suprà*, n. 80 *bis*. Brodeau sur Louet, let. H, tom. 21, n. 5. Basnage, Hyp., ch. 14. Mornac, sur les lois 5 et 6, *qui potior*. L'art. 12 de la loi de brumaire an 7, porte : " Il y a aussi privilége en faveur des " ouvriers et de leurs cessionnaires, mais seulement jusqu'à concur-" rence de la plus-value existante au moment de l'aliénation d'un im-" meuble, quand cette plus-value a pour origine les constructions, répa-" rations et *autres impenses* que les ouvriers y auraient faites, etc."

(5) Procéd. civile, part. 4, chap. 2, p. 265. Voyez aussi *suprà*, n. 80 *bis*.

" une différence entre celui qui a conservé l'héritage de telle " manière qu'il serait totalement péri sans le travail qu'il y " a fait ; tel est celui qui aurait fait faire une digue, sans la- " quelle la rivière aurait emporté tout l'héritage qui en était " voisin ; et celui qui a seulement rendu l'héritage meilleur, " soit en y construisant des bâtiments, soit en réparant ceux " qui y étaient. Le premier a un privilége sur le total de " l'héritage, ayant conservé le total au créancier, ayant fait " *ut res esset in bonis debitoris ;* mais l'autre ne doit avoir de " privilége que sur la plus-value de l'héritage, car il n'a pas " fait *ut res esset in bonis debitoris*, mais seulement *ut res esset* " *melior*. C'est pourquoi il faut faire une ventilation du " prix de l'adjudication, lui donner privilége seulement sur " ce qu'on estimera que l'héritage aura été plus vendu qu'il " ne l'aurait été sans la dépense qu'il y a faite de ses deniers, " et distribuer le surplus, sans avoir égard à son privi- " lége (1)."

Mais cette distinction est-elle admissible depuis le Code civil ? ou bien notre article embrasse-t-il dans sa généralité tous les travaux quelconques, même lès plus nécessaires, et réduit-il toujours le privilége à la plus-value ? M. Grenier adopte l'affirmative (2). Cette opinion semble se fortifier de l'art. 2175 du Cod. civ. (3).

Au contraire, un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1824 a decidé la question dans le même sens que Pothier (4), et M. Persil et M. Dalloz estiment que la doctrine de ce jurisconsulte doit prévaloir sous le Code civil.

Je serais enclin à adopter ce dernier parti, si le texte de notre article n'y faisait pas obstacle. Il parle en effet des *réparations* sans distinguer si elles sont des réparations de

(1) Il paraît que ce passage de Pothier a échappé à M. Grenier ; sans cela il l'aurait cité de préférence à celui qu'il a puisé dans l'introduction au tit. 20, n. 38 de la Coutume d'Orléans (Hyp., t. 2, n. 411).

(2) T. 2, n. 411.

(3) V. n. 838, *infrà*.

(4) Dalloz, Hyp,, p. 60 et p. 53, n. 34.

conservation ou de simple amélioration, si elles sont *nécessaires* ou simplement *utiles*, et il les soumet toutes à cette disposition générale que le *privilége se réduit à la plus-value.* Si l'on insiste, avec la Cour de cassation, pour dire que l'art. 2103 n'est pas applicable aux travaux *nécessaires* et qu'il ne concerne que les travaux d'amélioration *volontaire*, je demanderai quel sera, en l'absence de l'art. 2103, celui sur lequel on se fondera pour réclamer le privilége dont on parle en faveur des travaux nécessaires. Comment ne voit-on pas que l'art. 2103 étant le seul sur la matière, il faut l'accepter avec sa limitation ou renoncer à tout privilége ? Notre interprétation se fortifie du rapprochement de notre article avec l'art. 12 de la loi de brumaire an 7.

244. Cette plus-value est, d'après notre article, celle qui existe à l'époque de l'aliénation de l'immeuble faite par l'acquéreur propriétaire de cet immeuble. Elle se fait, comme le dit Pothier, au moyen d'une ventilation du prix porté dans le contrat de vente ou dans l'adjudication. On compare la valeur au moment de la vente ou de l'adjudication avec la valeur qu'avait l'immeuble au moment où les travaux ont été faits (1).

Dans tous les cas, et quels que soient les déboursés, le privilége ne peut excéder les valeurs constatées par le procès-verbal de réception des travaux dont je vais parler tout à l'heure. Il résulte de cette restriction du privilége *à la plus-value*, que le droit des ouvriers est souvent mal assuré, comme dit Basnage (2), et qu'ils sont exposés à voir une partie de leur dû tomber dans la classe des créances chirographaires (3). Il arrive presque toujours que la dépense de réparation est plus forte que l'amélioration ou la plus-value qui en résulte (4).

(1) *Suprà*, n. 174.

(2) Chap. 14.

(3) D'Héricourt, Vente des immeubles, chap. 11, sect. 1, n. 7.

(4) *Infrà*, n. 837. Loys., Déguerp., liv. 6, ch. 9, n. 15.

[ARTICLE 2013.]

245. Pour prévenir les fraudes, il était nécessaire, dans l'intérêt des tiers, de prendre des précautions pour que la valeur des travaux fût invariablement déterminée. Aussi le privilége des ouvriers est-il subordonné aux conditions suivantes :

D'abord, un expert nommé d'*office* (1) par le tribunal de première instance, dans le ressort duquel les bâtimens sont situés, doit dresser *préalablement* un procès-verbal constatant l'état des lieux, relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire (2).

Lorsque les ouvrages sont déterminés, un expert nommé d'*office* (3) de la même manière doit en faire la réception *dans les six mois au plus de leur perfection*, et en dresser un procès-verbal.

Sans l'accomplissement de ces formalités, qui rarement du

(1) Pourquoi d'office ? Afin de prévenir les fraudes dont pourraient être les victimes les créanciers qui ne sont pas appelés à la confection des procès-verbaux (M. Delvincourt, t. 3, p. 286, n. 7, notes).

(2) Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 mai 1826, D. 26, 2, 226, a décidé que l'on pouvait tenir compte d'un procès-verbal d'état des lieux dressé *depuis* le commencement des travaux.

Mais il ne faut suivre un tel errement qu'autant que les lieux n'auraient pas encore été changés par les travaux commencés, et que la description de leur état ne souffrirait pas de difficulté ; sinon les estimations de l'expert manqueraient de base fixe.

Dans l'espèce de l'arrêt jugé par la cour de Bordeaux, l'expert avait procédé suivant les renseignements que les parties elles-mêmes avaient été d'accord pour lui donner. On sent toute la faveur de ces cas, et je ne saurais par conséquent m'associer à la critique que M. A. D., a faite de cette décision dans le journal de M. Dalloz (34, 2, 167).

C'est parce qu'une circonstance aussi décisive ne se rencontrait pas que la cour de Paris a eu raison d'appliquer à la lettre l'art. 2103 par arrêt du 6 mars 1834 (D. 34, 2, 167). Elle a pensé que l'état des lieux doit rigoureusement précéder tous les travaux. Néanmoins, par une équitable interprétation, il lui a semblé que le constructeur est privilégié pour les travaux faits postérieurement à la constatation juridique des lieux. Ce tempérament sera approuvé par tous les jurisconsultes.

(3) Voyez la note 3, ci-contre.

reste sont mises en usage, du moins dans les provinces, les ouvriers sont réduits à la condition de créanciers chirographaires (1).

246. Que doit-on décider à l'égard des intérêts qui peuvent être dus aux ouvriers ?

Ces intérêts ne sont pas dus de plein droit. Ils ne peuvent être dus qu'en vertu d'un jugement ; et alors ils ont une hypothèque judiciaire, et ne prennent rang que du jour de l'inscription. Quant aux intérêts qui seraient stipulés dans la convention, ils ne peuvent jamais avoir de privilége. Car la loi ne donne de privilége que pour la valeur des travaux pris en eux-mêmes, sans qu'ils puissent excéder la plus-value, et pour ce qui est *impense* (2).

246 *bis*. Le privilége du constructeur ne peut pas dépasser la *plus-value*, venons-nous de dire.

Mais il pourrait arriver que ce qui lui est dû ne fût pas d'une valeur égale à cette plus-value. Il ne pourrait alors se payer sur elle que jusqu'à concurrence de son dû ; car il serait injuste qu'il l'absorbât tout entière, s'il n'était pas créancier d'une somme égale. L'indication de la *plus-value* figure dans notre article comme un *maximum* qu'il ne faut jamais dépasser. Mais ce n'est pas une quotité fixe, invariablement due au constructeur. Je reviens sur ceci, nº 837.

247. Je renvoie au nº 80 pour ce qui concerne le rang des ouvriers pour travaux d'art, et pour l'examen des difficultés qui peuvent se rattacher à cette matière. Quant à l'inscription du privilége, voyez art. 2110.

(1) L'obligation de remplir ces formalités s'applique au cas où il s'agit de construction entièrement neuves sur un terrain nu comme au cas de reconstruction ou réparations d'anciens bâtimens. Arrêt de Bordeaux du 26 mars 1834 (Sirey, 34, 2,373. Dalloz, 34, 2,186). Arrêt de Paris du 6 mars 1834 (Sirey, 34, 2,308. Dalloz, 34, 2,166.

(2) Sens de ce mot, n. 837.

[ARTICLE 2014.]

2014. Le vendeur a privilége sur l'immeuble par lui vendu pour tout ce qui lui est dû sur le prix.

S'il y a eu plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième et ainsi de suite.

Sont colloqués au même titre :

Les donateurs pour les redevances et charges qu'ils ont stipulées ;

Les copartageants, les cohéritiers et colégataires sur les immeubles qui étaient communs, pour la garantie des partages faits entre eux et des soultes ou retours.

2014. The vendor has a privilege upon the immoveable sold for all the price due to him.

If there have been several successive sales, the prices of which are wholly or partly due, the first vendor is preferred to the second, the second to the third, and so on.

The same right extends:

To donors, for the payments and charges stipulated in their favor ;

To copartitioners, coheirs and colegatees upon the immoveables which they owned in common, for the warranty of the partitions made between them and of the differences to be paid.

Voy. *Institutes*, citées sur art. 1998.

---

* *ff. de Hered. vel actione vendita, Liv.* 18, *Tit.* 4, *L.* 22. } Hereditatis venditæ pretium pro parte accepit, reliquum emptore non solvente. Quæsitum est an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur ? Respondi, nihil proponi cur non teneantur. (SCÆVOLA).

Ibidem. }
Trad. de M. Hulot. } L'héritier vendeur a reçu une partie du prix, l'acheteur ne lui paye pas le reste. Peut-il garder entre ses mains les effets de la succession à titre de gage ? J'ai répondu que je ne voyois rien qui l'empêchat de les retenir. (Scévola).

---

* *ff. Qui potiores in pignore,* }
Liv. 20, *Tit.* 4, *L.* 6. } Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.

§ 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvæ fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit : nam et ipsum naulum potentius est,

§ 2. Tantundem dicetur, et si merces horreorum, vel areæ, vel vecturæ jumentorum debetur. Nam et hic potentior erit. (Ulpianus).

Ibidem. }
Trad. de M. Hulot. } En effet, ce sont alors les deniers du second créancier qui ont conservé le gage. On pourroit étendre cette décision au créancier qui auroit prêté de l'argent pour la nourriture des pilotes, sans quoi le vaisseau n'auroit pas pu arriver à bon port.

§ 1. De même, si un créancier à qui son débiteur a engagé des marchandises, prête de l'argent ou pour les conserver ou pour payer au patron du navire les frais de transport, il sera préféré aux autres créanciers même antérieurs : car le paiement des frais de transport a lui-même la préférence sur toutes les autres créances.

§ 2. Il en sera de même à l'égard de celui qui aura payé le loyer d'un magasin où sont renfermées des marchandises engagées, ou le loyer d'un terrain, ou du transport par voitures ou par bêtes de charge. Ce créancier aura aussi la préférence sur les autres. (Ulpien).

---

* *ff. de reb. auctoritate judicis, Liv. 42, Tit. 6, L. 24, § 1.* } Divus Marcus ita edixit : *Creditor qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecunia quæ credita erit, privilegium exigendi habebit.* Quod at eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad de M. Hulot. } Il y a un édit de l'empereur Marc, conçu en ces termes : " Un créancier qui aura prêté ses deniers pour les réparations d'un édifice sera préféré aux autres créanciers pour la somme qu'il aura prêtée ". Cette disposition doit s'étendre à celui qui par le mandat du propriétaire a fourni de l'argent au maçon. (ULPIEN).

---

* *Cod. De Communia utriusqne, Liv. 3, Tit. 28, Arg. ex L. 7.* } Neptem defuncti actione de inofficioso testamento (quamvis pater ejus emancipatus fuerit defunctus) experiri posse, ignorare non debes.

PP. 6 cal. jul. Romæ, Læto et Cereali, Coss. 216. (Imp. ANTONINUS).

Ibidem. Trad. de M. P. A. Tissot. } Vous ne devez pas ignorer que la petite-fille du défunt peut attaquer son testament comme inofficieux, quoique son père soit mort émancipé.

Fait à Rome le 6 des calendes de juillet, sous le consulat de Lætus et de Céréal. 216. (Emp. ANTONIN).

---

* *Héricourt, Vente des immeubles, ch. 11, sec. 1, n° 7, 9, 10.* } 7. Après les créanciers privilegiés dont on vient de parler, il faut colloquer dans l'ordre ceux qui ont vendu le fond, ou qui ont contribué par leurs deniers, ou par des travaux, à le conserver à la Partie saisie, ou à l'améliorer. Il est juste que le vendeur qui n'a point touché le prix du fond soit préféré à tous les autres créanciers ; car il n'est censé avoir vendu que sous la condition tacite,

que l'acquereur ne deviendroit proprietaire absolu, que quand il auroit payé le prix entier de son acquisition. Le fond est un gage que le vendeur se reserve, jusqu'à ce que le prix soit acquitté, il ne fait par-là aucun tort aux créanciers de l'acquereur, puisqu'ils n'auroient point eû de droit sur ce fond, s'il ne l'avoient point vendu à leur débiteur. C'est ce qui se trouve bien expliqué dans plusieurs Loix du Digeste. Il en seroit de même d'un entrepreneur qui auroit fait quelque ouvrage, sans lequel le fond auroit été emporté par la mer, ou par une rivière ; car cet entrepreneur a conservé ce fond pour l'intérêt commun du proprietaire et de ses créanciers,*salvam fecit totius pignoris causam,* comme dit la loi 6 au Digeste, *qui potiores in pignor.* On ne peut donc se dispenser de déclarer ce fond affecté par privilege à la sureté de sa créance. Mais les entrepreneurs ou les ouvriers qui ont travaillé à réparer une maison, ou à faire de nouveaux bâtimens sur le fond, n'ont deprivilege que sur leurs ouvrages, puisque sans ces ouvrages le fond seroit toujours resté aux créanciers antérieurs, qui auroient pû le faire vendre tel qu'ils l'auroient trouvé. Il faut donc examiner jusqu'à quel point les réparations, ou les augmentations rendent le fond plus considérable, et donner aux entrepreneurs et aux ouvriers un privilége sur le prix de cette augmentation, eu égard à la valeur de la totalité du prix du fond. Par exemple, si l'on reconnoit par le rapport des Experts, qu'une maison auroit été vendu moitié moins sans les augmentations, ou les grosses réparations qui y ont été faites, il faut donner un privilege aux entrepreneurs et aux ouvriers, sur la moitié du prix total de l'abjudication, et si ce qui leur est dû excede cette moitié, ils ne pourront pour le surplus venir en ordre que comme créanciers hipotequaires, s'ils ont un acte qui emporte hipoteque, ou comme chirographaires, si leur titre est sous seing privé. Cette Jurisprudence fondée sur des principes d'équité, est suivie depuis long-tems au Parlement de Paris. Gouget en rapporte d'anciens Arrêts dans son Traité des Criées. Il y en a

un qui a jugé la même question de cette maniere, le 15 Janvier 1654, et Basnage dans son Traité des Hipoteques, cite des Arrêts du Parlement de Normandie, dans lesquels on a observé la même regle.

Celui qui a prêté les deniers pour acquérir les fonds, ou pour faire faire les réparations et les améliorations, a dans le Droit Romain le même privilege sur le fond qu'auroient eû le vendeur, les entrepreneurs, ou les ouvriers ; mais il falloit pour que le fond devint ainsi le gage spécial de celui qui avoit prêté les deniers, qu'il l'eût stipulé expressément. Parmi nous, pour être subrogé au vendeur, il faut suivant le Réglement du Parlement de Paris du 6 Juillet 1690, qu'avant le payement du prix du fond, et dans le tems même du payement, il ait été stipulé par un acte passé pardevant Notaire, que les deniers seront employés à payer le vendeur, et que dans l'acte qui tient lieu de quittance, passé pardevant Notaire, il soit dit que le payement a été fait des deniers qui ont été prêtés à cet effet, sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par le vendeur, ou par les autres créanciers, ni ordonnée en Justice. Si le prêt a été fait pour des améliorations, ou des réparations, il faut que l'acte d'emprunt fasse mention de l'emploi des deniers, et qu'il soit marqué dans les quittances des entrepreneurs et des ouvriers, de qui les deniers proviennent. Le vendeur a un privilege sur le fond, pour être payé du prix de la vente, quand même l'acte de vente seroit sous seing privé, ou que la vente ne seroit que verbale, parce que de quelque maniere que la vente ait été faite, il est toujours certain que le vendeur n'est censé avoir transmis la propriété à l'acheteur, qu'à condition que le fond serviroit de gage et de sureté spéciale pour le prix de l'acquisition. Il en est de même des entrepreneurs et des ouvriers qui ont travaillé aux réparations et aux améliorations, ou fourni les materiaux.

9. En cas qu'il soit dû par un des co-heritiers une soulte de partage, celui à qui la soulte est dûe, est regardé comme vendeur d'une partie de sa part dans la succession, jusqu'à

la concurrence de la somme ; il doit par conséquent avoir le privilege du vendeur sur tous les biens que son co-heritier a eu en partage. On l'a ainsi jugé au Parlement de Paris le 27 Mars 1689. Les rentes dotales des filles en Normandie, leur tiennent lieu de leur portion héreditaire, c'est la raison pour laquelle on les colloque dans l'état par privilege sur le prix des biens provenans de la succession de leur pere; mais ce qu'il y a de plus singulier dans cette Province, c'est que les filles sont colloquées pour le principal et les arrerages de leurs rentes dotales, avant les frais du decret. Il y en a deux Arrêts rapportés par Basnage, qui remarque que cette jurisprudence est fondée sur ce que la rente représente la portion héreditaire, et que si la fille avoit eû sa portion héreditaire en fond, elle en auroit obtenu la distraction, sans aucuns frais du decret.

10. On accordoit encore dans le Droit Romain un privilege plus singulier à la dot, par la Loi *assiduis* au Code *qui potiores.* La femme étoit préférée pour la restitution de sa dot à tous les créanciers de son mari, quoiqu'antérieurs à son contrat de mariage. Cette loi n'est point suivie en France, même pour les païs qui sont régis par le Droit écrit, à l'exception du ressort du Parlement de Toulouse. où l'on ne donne pas même ce privilége à la femme contre les créanciers qui lui ont dénoncé leurs créances avant son mariage. La dénonciation doit être faite personnellement à la future épouse, pour lui faire perdre ce privilege qui lui est personnel. Il ne suffiroit pas de dénoncer la dette à son pere, suivant la derniere Jurisprudence du Parlement de Toulouse, dont M. de Catelan rapporte des Arrêts. On juge encore au même Parlement, que ce privilege de la dot ne peut avoir de lieu, quoiqu'il n'y est point eu de dénonciation, quand le mari étoit dépouillé de la possession, et que le droit des créanciers étoit fixé, lors de la célébration du mariage, ou quand le mari étoit alors retenu en prison pour des dettes, au préjudice desquelles la femme demanderoit à être colloquée pour restitution de sa dot. S'il y a des créanciers qui ayent dénoncé

leurs créances à la future épouse, et d'autres qui ayent manqué à faire cette dénonciation, il se forme un conflit entre ces différens créanciers, où chacun d'eux veut tirer avantage de la regle, *si vinco vincentem te, multo magis te.* Sur ce conflit de raisons entre des créanciers qui veulent se détruire les uns les autres par les mêmes armes, le Parlement de Toulouse a pris différens partis, comme on le voit dans le Recueil d'Arrêts de M. de Catelan, il s'est réduit ensuite à colloquer avant la femme pour tout ce qui leur est dû, les créanciers qui ont fait leur dénonciation, et de regarder les créanciers qui ont manqué à faire cette dénonciation, comme des personnes qui ayant négligé de se servir du moyen que l'usage leur présentoit pour conserver la priorité de leur hypoteque, l'avoient justement perduë dans le cas où la femme se trouvant en concurrence avec eux, usoit de son privilege. Au Parlement de Toulouse la Loi *assiduis* passe pour un statut réel, desorte que l'on y juge que le privilege, qu'elle donne à la femme, a lieu pour les biens qui sont situés dans le ressort de ce Parlement, quand même le mariage auroit été contracté dans une autre Province, et que les conjoints ne seroient point domiciliés dans le Languedoc.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. Cout. d'Orléans*, *De l'Hypoth.*, *n°* 19. } Il y a quelques autres espèces de créances pour lesquelles la loi accorde une hypothèque qui n'est pas générale, comme dans les cas ci-dessus rapportés, mais qui est limitée à certains biens.— Telle est celle qu'elle donne aux copartageants sur les biens échus au lot de chacun de leurs copartageants pour les obligations résultant du partage ; celle qu'elle donne aux légataires et fidéicommissaires sur la portion des biens de la succession du testateur, échue à l'héritier grevé envers eux ; celle qu'elle accorde aux ouvriers qui ont construit ou réparé un bâtiment, sur ce bâtiment ; enfin celle qu'elle accorde au vendeur sur la chose vendue. Observez que cette dernière est de notre droit : la

loi romaine ne l'accordait pas au vendeur lorsqu'il ne se l'était pas réservée (1).

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *De l'Hypoth.*, n° 33 *et notes.* } Outre ces hypothèques tacites générales, il y en a qui sont limitées à de certains biens.

Telle est l'hypothèque tacite qu'a un copartageant sur les biens échus au lot de ses copartageants, pour toutes les obligations résultant du partage, quoiqu'il n'ait pas été fait par acte devant notaires (2).

Telle est celle que la loi donne aux légataires sur la part des biens de la succession échue à chacun des héritiers du testateur pour la part dont chacun des héritiers est tenu dans leurs legs. L. 1, Cod. *Comm. de Leg.*

Mais les légataires n'ont aucune hypothèque sur les biens appartenant auxdits héritiers de leur chef, que du jour que lesdits légataires ont obtenu jugement de condamnation contre lesdits héritiers, ou du jour que lesdits héritiers se sont obligés envers eux par acte devant notaires, à l'exécution du testament ; car le testateur n'a pas pu hypothéquer les biens de ses héritiers, personne ne pouvant hypothéquer que ce qui est à lui.

Telle est l'hypothèque tacite que celui qui a réparé un bâtiment, a sur ce bâtiment (3).

Telle est enfin celle que le vendeur d'un héritage a sur cet héritage pour le prix qui lui est dû. Les lois romaines ne

(1) C'est qu'en général la propriété n'était pas transférée avant le paiement du prix : *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato* ; Inst., § 41, *de rerum divisione.* (Bugnet).

(2) La loi accorde un privilége, 1° pour la garantie des lots ; 2° pour le paiement des soultes ; 3° pour le prix de la licitation. (Bugnet).

(3) La loi nouvelle accorde non pas une hypothèque, mais un privilége pour ces réparations. (Bugnet).

donnaient point cette hypothèque au vendeur : elle est de notre droit (1).

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des successions*, *Liv.* 1, *Tit.* 4, *sec.* 3, *p.* 412 *et s.* } Il n'est pas nécessaire de répéter ici ce que c'est que la garantie, ni les règles générales de cette matière, qui a été expliquée dans le titre du contrat de vente (2) ; et il ne s'agit dans cette section que des règles propres à la garantie entre cohéritiers.

Comme les cohéritiers ont leurs portions de l'hérédité par le même titre et le même droit qui leur est commun, leur condition doit être la même, et ils doivent avoir tous la même sûreté de ce qui leur est donné dans leurs lots. Ainsi, le partage renferme la condition que les portions des cohéritiers demeurent affectées réciproquement pour les garantir les unes des autres (3) (C. civ. 884), par les règles qui suivent.

2. Il faut distinguer deux différens effets de la garantie entre cohéritiers, selon deux diverses espèces de biens qu'il peut y avoir dans l'hérédité. L'une des choses qui sont réellement en nature, meubles ou immeubles, et que l'on peut voir et toucher, comme un cheval, une tapisserie, des pierreries et autres meubles ; une maison, une vigne, un pré et autres immeubles. Et l'autre, des droits, comme une obligation, une rente, une condamnation en justice, une transaction, ou autre titre qui produise une dette ou quelque autre droit (4). Dans le partage des choses qui sont réellement en nature sensibles et en évidence, la garantie n'est pas qu'elles existent, et qu'elles soient en nature, car on les y voit ; mais comme elles pourraient n'être pas de l'hérédité, s'il arrivait que quelqu'un y prétendît un droit de propriété, les héritiers

(1) C'est aujourd'hui un privilége. (Bugnet).

(2) V. l'art. 3 de la sect. 2 du contrat de vente, et la sect. 10 du même titre.

(3) L. 25, § 21, ff. fam. ercisc.

(4) Inst. de reb. corp. et incorp.

doivent se garantir qu'elles soient un bien de la succession (1). Et dans le partage des dettes actives et des autres droits, comme on peut ignorer s'ils sont ou ne sont point, si une rente est encore due, ou si elle a été rachetée, si une obligation est annulée par un paiement ou par quelque autre cause ; la garantie des dettes et des droits renferme que, non-seulement ils soient de l'hérédité, mais qu'ils subsistent tels qu'ils paraissent, qu'ils soient dus effectivement, et qu'ils soient acquis à l'héritier à qui ils sont donnés en partage (2), si ce n'est que cette garantie fût autrement réglée entre les héritiers, comme il sera dit dans l'article quatrième.

3. Outre cette garantie que se doivent les héritiers à l'égard de ce qui entre dans le partage, que ce qu'aura chacun dans son lot, soit un bien de l'hérédité, et qui n'appartienne pas à d'autres personnes ; ils doivent aussi se garantir de même de toutes recherches des créanciers de l'hérédité, ou autres qui exerceraient leurs hypothèques ou autres droits sur ce qui serait échu à un des héritiers. (C. civ. 884.)

4. Les garanties expliquées dans les deux précédens articles sont naturelles et de justice. Et quoique rien n'en fût exprimé dans un partage, elles seraient sous-entendues, et les héritiers y seraient obligés réciproquement. Mais s'ils conviennent, ou d'ajouter à ces garanties, ou d'en retrancher, leur convention tiendra lieu de loi. (C. civ. 884.) Ainsi, pour les dettes actives, ils peuvent convenir qu'ils se garantiront, non-seulement qu'elles sont dues, mais que les débiteurs sont solvables et les acquitteront, ou que les héritiers se les feront bonnes, soit après un simple refus du paiement de la part du débiteur, ou après les diligences dont ils conviendront. Et ils peuvent au contraire partager ces dettes sans aucune garantie de part ni d'autre, non pas même de celles qui auraient été acquittées, ou dont il ne serait rien dû pour quelque autre cause. Ce qui peut avoir son équité par plusieurs mo

(1) L. 25, § 21, fam. ercisc. V. les art. 2 et 3 de la sect. 1.

(2) L. 4, ff. de hered. vel act. vend. L. 14, § ult. ff. de evictione.

tifs ; comme entre autres si c'étaient des héritiers d'un marchand en détail, qui aurait laissé un grand nombre de petites obligations, dont les garanties ne seraient que des occasions de divers procès (1).

5. Si dans le partage d'une succession où il y aurait des dettes passives ou autres charges, les héritiers se sont obligés les uns envers les autres d'en acquitter chacun quelque portion, ils s'en garantiront réciproquement, et chacun acquittera celle dont il s'est chargé. Et s'ils n'en ont rien réglé, il les acquitteront selon les portions qu'ils ont dans l'hérédité, et chacun garantira les autres pour la sienne (2). (C. civ. 885, 888, 1012, 1017, 870.)

6. Si après le partage il paraissait de nouvelles dettes ou de nouvelles charges qu'on aurait ignorées, comme si un héritage se trouvait sujet à quelque rente emphythéotique, ou à d'autres charges que celles des droits et redevances ordinaires des cens et autres semblables, et qu'une partie des biens se trouvât sujette à quelque substitution, ces nouvelles charges, quelles qu'elles fussent, regarderaient tous les héritiers, et ils s'en garantiraient réciproquement (3). (C. civ. 884, 896.)

7. Les pertes qui peuvent arriver par des cas fortuits après le partage, regardent celui à qui était échue la chose qui périt ou est endommagée ; comme si c'étaient des grains, des liqueurs, des animaux, ou autres choses sujettes à ces sortes de pertes, ou quelque héritage situé sur une rivière, et qu'un débordement aurait entraîné, ou une maison périe par un incendie ; car, dans tous ces cas, et même les plus imprévus, la chose n'étant plus commune, celui que le partage en avait rendu le maître en souffre la perte (4). (C. civ. 883, s. 886.)

(1) L. 14, C. fam. ercisc. V. l'art. 24 et les suiv. de la sect. 10 du contrat de vente.

(2) L. 1. C. si cert. petatur.

(3) L. 2. C. de hered. act.

(1) L. 6. C. de pignor. act.

Et dans les successions ouvertes et partagées avant la publication du Code civil, chaque cohéritier doit supporter seul la perte d'une rente tombée dans son lot, lorsque c'est postérieurement au partage que le débiteur de cette rente est devenu insolvable, la disposition de l'art. du code n'ayant point introduit un droit nouveau, mais ayant seulement fixé la jurisprudence sur laquelle ils étaient divisés, ainsi que les jurisconsultes (1).—Le mari ou ses héritiers qui ont vendu sans autorisation des rentes communes, doivent en tenir compte au cours du jour où la liquidation est arrêtée, et non de celui de la date des transferts. Si le mari a payé des dettes communes avec du papier monnaie, il doit lui en être tenu compte, suivant le cours du jour des paiemens, et non suivant celui du jour du décès de la femme (2).

8. Si, par une suite qu'on puisse imputer au fait d'un des héritiers, il arrive quelque perte ou quelque dommage de quelques biens de l'hérédité, il en sera tenu. Ainsi, par exemple, si un héritier étant tombé dans quelque crime ou quelque délit, on enveloppait dans la saisie de ses biens quelques-uns de ceux de l'hérédité, et que cette saisie fût suivie, ou de non-jouissances, ou de quelques détériorations des héritages saisis, ou d'autres dommages ; celui de qui le crime ou le délit aurait eu cette suite, porterait seul une perte que son fait aurait attirée, et il en garantirait ses cohéritiers (3). Et il en serait de même quand il n'y aurait aucun délit de cet héritier, si le dommage venait de son fait : comme si un créancier de l'hérédité qu'il devrait acquitter, faisait saisir d'autres biens de la succession que ceux de son lot ; car en ce cas il serait tenu des dommages et intérêts qu'en pourraient souffrir ses cohéritiers.

On a donné dans cet article un autre exemple que celui de la loi qu'on y a citée, pour rendre la règle conforme à notre usage, où le coutumace n'est pas puni de cette rigueur, qui pourrait souvent se trouver injuste. Mais cette matière n'est pas de ce lieu.

9. Si un héritier dispose en son particulier de quelque bien de l'hérédité pour en profiter à l'insu des autres, comme

(1) Cass. 21 novembre 1816.

(2) Paris, 1er juillet 1814.

(3) L. 20, ff. comm. divid.

s'il le vend, ou le loue, ou le donne à terme, il ne sera pas seulement tenu de rapporter à ses cohéritiers le profit qu'il aura pu faire ; mais si son fait est suivi de quelque perte, comme si celui à qui cet héritier avait vendu ou loué se trouve insolvable, il portera seul la perte qui en arrivera, au lieu du profit qu'il voulait faire seul. Et il répondra à ses cohéritiers, et des jouissances des fonds qu'il avait loués ou baillés à ferme, et de la valeur des choses qu'il avait vendues (1). (C. civ. 1477, 1460, 792 ; p. 380.)

Voy. *Pigeau*, cité sur art. 2009.

SECTION III.

COMMENT SE CONSERVENT LES PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES.

2015. Entre les créanciers les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics en la manière déterminée et sauf les exceptions contenues au titre : *De l'Enregistrement des Droits Réels.*

SECTION III.

HOW PRIVILEGES UPON IMMOVEABLES ARE RETAINED.

2015. With regard to immoveables, privileges produce no effect among creditors, unless they are made public in the manner determined in the title *Of Registration of Real Rights*, saving the exceptions therein mentioned.

---

* *C. N.* 2106. } Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques de la manière déterminée

(1) L. 6, § 2, ff. comm. divid. l. 5. C. de ædif. priv.

par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent.

---

* 1 *Troplong, Des privil.*, *n° 264 et s.* } 264 *bis.* Cet article du Code civil est le premier qui se présente à nous sur le système de publicité, qui fait la base du régime hypothécaire ; système avantageux sous tous les rapports, parce qu'il est fondé sur la bonne foi qui doit présider aux transactions, mais imparfait à beaucoup d'égards, et qui n'assurant pas au tiers une connaissance complète de la situation de celui avec qui ils veulent contracter, est bien souvent un piége, au lieu d'offrir une garantie. Aussi presque tous les bons esprits s'accordent-ils à reconnaître que le Code civil est, sur ce point important, susceptible de recevoir de nombreuses rectifications. On a vu, dans la préface de cet ouvrage, quels sont les vices et les lacunes qu'on peut avec raison lui reprocher.

265. Les priviléges produisant une affectation réelle sur la chose, et donnant aux créanciers le droit de la poursuivre entre les mains des tiers, on a jugé utile de les soumettre à la publicité ; on est parti de cette idée, que l'immeuble doit annoncer tout ce qui le grève, et que l'acquéreur serait trompé s'il ignorait les chances d'éviction auxquelles il est soumis, ainsi que les charges qui sont assises sur l'immeuble qu'il a acheté et dont il peut avoir intérêt à le purger. De là, la formalité de l'inscription exigée par l'art. 2106.

Ici plusieurs réflexions se présentent à l'esprit.

266. D'abord, ce n'est pas l'inscription qui fait le privilége ; car, comme on l'a vu ci-dessus, il dérive de la qualité de la créance (1). L'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, une sorte de complément pour assurer entre créanciers l'efficacité du privilége ; le privilége a son fondement et son existence dans la nature même de la conven-

(1) V. n. 267, 270, et Comm. sur l'art. 2134.

tion. Mais cette existence est condamnée à l'inertie, tant que la publicité ne vient pas lui donner le mouvement et la faculté d'agir au dehors. Ce n'est donc que par l'inscription que le privilége peut se mettre en action.

266 *bis.* Mais aussitôt qu'il est inscrit, il entre dans la plénitude de ses prérogatives, et l'on sait que l'une des plus importantes et des plus précieuses est de primer les hypothèques (1); d'où l'on est forcé de conclure que ce n'est pas par la date de l'inscription que se règle le rang de la créance privilégiée. Sans cela on la réduirait à la condition d'une simple hypothèque ; et le législateur qui a prescrit l'inscription, positivement pour consolider l'effet du privilége, aurait agi dans un sens contraire à ses propres intentions, et lui aurait par cela même ôté tout son effet, qui est de primer toutes les créances hypothécaires, quelle que soit l'époque de leurs inscriptions.

On ne peut s'empêcher néanmoins de reconnaître que notre article est rédigé, sur ce point, d'une manière tout-à-fait équivoque, et même vicieuse ; car il semblerait amener à ce résultat, que c'est de la date de l'inscription que dépend l'effet du privilége. On y lit, en effet, que les priviléges sur les immeubles ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont inscrits, *et à compter de la date de cette inscription.* Si l'on voulait prendre ces dernières expressions au pied de la lettre, on voit à quelles inconséquences elles conduiraient : c'est donc ici le cas où l'on peut dire que la lettre tue et que l'esprit vivifie. Le législateur a voulu seulement exprimer que c'est du moment de l'inscription du privilége, qu'il reçoit la faculté de se produire contre les tiers. Mais que le privilége ne puisse prendre rang qu'à compter de la date de son inscription, c'est ce qui n'a jamais été dans la pensée d'aucun de ceux qui ont rédigé la loi, c'est ce qui répugne à la nature même du privilége et au but de l'inscription, qui est requise pour donner à ce droit la force effective dont il est susceptible, et non pas pour la détruire.

(1) Art. 2095.

C'est ainsi, du reste, que notre article est entendu par MM. Tarrible (1) et Grenier (2), et par tous les auteurs (3). C'est aussi dans ce sens qu'il a été interprété par un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1813 (4). " Considé-
" rant que, s'il est dit dans l'art. 2106 que les priviléges ne
" produisent d'effet, à l'égard des immeubles, que par l'ins-
" cription, *et à compter de la date de cette inscription*, il ne
" faut pas en conclure que le privilége du vendeur puisse
" être primé par des hypothèques simples, antérieurement
" inscrites ; qu'il résulte seulement de cette article, que le
" privilége ne produit pas d'effet tant qu'il n'est pas inscrit,
" mais qu'une fois inscrit, il prime toutes les créances hy-
" pothécaires, qui lui sont postérieures, quoique l'inscription
" en soit antérieure.

On peut appliquer la même solution à tout privilége quelconque, par exemple, au privilége du copartageant. Ainsi, si un copartageant ne prend inscription que le soixantième jour après l'acte de partage, il aura néanmoins privilége sur toutes hypothèques antérieurement inscrites.

Il y a plus : on dit souvent que le privilége inscrit remonte *à la datdc e l'acte* qui le produit (5). Mais il faut s'entendre.

Oui, sans doute, le privilége inscrit, même postérieurement à l'acte dont il émane, est censé avoir pris naissance en même temps que cet acte. Mais cela ne veut pas dire qu'on ne doive lui donner de rang qu'à la date de cet acte. Il arrive souvent qu'il prime des hypothèques antérieures à l'époque de sa naissance.

Par exemple, je vends en 1830 à Pierre ma maison B. Cet

(1) Répert., Privilége, p. 40.

(2) T. 2, n. 376, p. 202 et 203.

(3) V. Dalloz, Hyp., p. 87, n. 2.

(4) Dalloz, Hyp., p. 107, note 1.

(5) Voyez, par exemple, M. Dalloz, sommaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1813, p. 106. Cette locution se trouve d'ailleurs partout. Voy. aussi art. 2166.

immeuble, en entrant dans le patrimoine de Pierre, se trouve à l'instant grevé de l'hypothèque légale de sa femme, et comme Pierre était marié dès 1820, il s'ensuit que l'hypothèque de l'épouse prendra rang à la date de 1820 (art. 2135 du Code civil).

Mais, quoique mon privilége n'ait pris naissance qu'en 1830, il n'en est pas moins vrai qu'il primera l'hypothèque de la femme : ainsi, quant au rang, le privilége est préférable aux hypothèques existantes même avant sa naissance. C'est en ce sens qu'il faut entendre la locution usuelle dont j'ai parlé.

267. L'inscription, dit notre article, est requise pour que le privilége sur l'immeuble produise effet *entre créanciers*. D'où il suit que lorsque plusieurs individus se présentent comme créanciers de la même personne, il est de leur intérêt d'examiner si le privilége que l'un d'eux leur oppose a été inscrit ou non inscrit, et qu'ils sont en droit d'empêcher qu'on ne se prévale de priviléges non inscrits.

Quelle est la raison de cela ?

C'est disent quelques-uns, que chaque créancier a eu intérêt à apprendre par l'inscription les charges qui pèsent sur son débiteur, et qu'il est juste que celui qui a négligé de donner ces lumières, en ne se faisant pas inscrire, ne puisse opposer son titre à ceux que son silence a induits en erreur.

Il me semble cependant que cette raison est bien loin d'être satisfaisante pour tous les cas.

D'abord, le copartageant n'est obligé de se faire inscrire que dans soixante jours à compter de l'acte de partage. Ainsi, tous ceux qui ont pris inscription hypothécaire dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'acte de partage et le soixantième jour, ne peuvent pas dire que c'est le défaut d'inscription qui les a induits en erreur ; car le copartageant avait légalement droit de leur laisser ignorer son privilége. Il n'était obligé à se faire inscrire que le soixantième jour, c'est-à-dire après leurs inscriptions hypothécaires. Néanmoins, si le copartageant ne se fait pas inscrire du tout, ils pourront

lui faire un reproche du non-accomplissement de la formalité, quoique cette formalité ait été indifférente pour eux.

A l'égard du privilége du vendeur, la chose est encore plus sensible ; car aucun délai ne lui est prescrit, comme on le verra plus tard (1), pour se faire inscrire. La faculté de prendre inscription lui est ouverte jusqu'au dernier moment. Il a donc eu le droit formel de laisser ignorer son privilége à tous ceux qui ont contracté avec son acquéreur ; néanmoins, si, le dernier moment étant venu (on sait que c'est la quinzaine de la transcription faite par l'acquéreur qui veut purger) (2), il ne s'était pas fait inscrire, ou n'avait pas fait transcrire son contrat, tous les créanciers de l'acquéreur ayant hypothèque inscrite depuis la vente par lui faite, seront en droit de lui reprocher la non-inscription ; et cependant, en réalité, il est clair que l'inscription est pour eux indifférente ; car ils ont contracté à une époque où le privilége ne devait pas nécessairement leur être connu (3) !

Ces bizarreries accuse la prévoyance du législateur, qui, tout en voulant la publicité pour mettre à nu la situation du débiteur, a manqué son but dans une foule de cas importans, n'a su prendre que des mesures partielles, et a autorisé la clandestinité, au milieu même des dispositions destinées à porter le jour sur les affaires de l'obligé. Son idée était forte, gigantesque même ; mais il n'a pas su la manier avec cette puissance que nous avons vue imprimée aux Codes allemands, dans l'exposé que nous en avons fait dans notre préface. La hardiesse de sa pensée a fait faillir son courage, et il y avait de quoi ; car elle ne pouvait se réaliser sans blesser beaucoup de droits, sans sacrifier arbitrairement le vendeur et le copartageant à des créanciers qui, par l'inspection des titres, ont pu connaître l'existence du privilége (4). Mais, puisque

(1) N. 266.

(2) Art. 834 du Code de procédure civile.

(3) *Suprà*, n. 291.

(4) V. préface.

les rédacteurs du Code ne se sentaient pas la force d'exclure radicalement la clandestinité de leur système hypothécaire pourquoi promettre témérairement une publicité complète ? Pourquoi faire tant de fracas d'inscriptions de priviléges, qui ne font rien savoir ? N'espérons donc pas expliquer la loi par ces principes féconds, qui tranchent toutes les difficultés, et répondent à tous les doutes. La règle ne peut que succomber souvent, lorsque le législateur lui-même semble la redouter.

Quoi qu'il en soit, le défaut d'inscription constitue une nullité d'*ordre public* (1), et tout créancier peut s'en prévaloir. Car c'est le propre des nullités d'ordre public de pouvoir être invoquées par ceux-là même qui n'en ont pas été blessés

268. Ici je réponds à une question qui peut m'être faite.

Les créanciers chirographaires sont-ils personnes légitimes pour contester au privilége le défaut d'inscription ?

Je crois que toutes les fois qu'un privilégié, ayant négligé d'assurer l'effet de son privilége par l'inscription, est encore à temps de prendre une inscription hypothécaire pour convertir son privilége en hypothèque (2), les créanciers chirographaires n'ont pas d'intérêt à dire que le privilége n'a pas été inscrit ; car, en prenant une inscription hypothécaire, les créanciers originairement privilégiés. mais déchus de leur privilége, primeraient toujours les chirographaires.

Mais si le privilégié qui a laissé perdre son privilége, faute d'inscription, ne se trouve plus à temps de s'inscrire comme créancier hypothécaire, je crois qu'alors les créanciers chirographaires auront qualité pour se prévaloir du défaut d'inscription ; car toute hypothèque doit être inscrite pour produire son effet.

Je suppose l'espèce suivante :

Un partage a lieu entre Pierre et Jacques, et il est stipulé que pour établir l'égalité, Pierre donnera à Jacques, en re-

(1) Arrêt de cassation du 11 juin 1817, rapporté dans M. Grenier, t. 1, p. 131, et dans Dalloz, v. Hyp , p. 243.

(2) Art. 2113. V. un exemple, *infrà* n. 325.

tour de lot, une somme de 20,000 fr. Le lot de Pierre est donc soumis au privilége de soulte à l'égard de Jacques. Ce dernier omet de se faire inscrire dans les soixante jours de l'acte de partage. Mais bientôt Pierre tombe en faillite. Tous ses créanciers sont chirographaires, excepté Jacques, qui, dans l'origine, a eu un privilége, et qui n'a plus aujourd'hui qu'une hypothèque, mais qui, d'après l'art. 2166 du Code civil et l'art. 443 du Code de commerce, ne peut plus prendre d'inscription, attendu l'état de faillite de Pierre. La vente des immeubles de Pierre s'effectue, et l'on procède à un ordre. Jacques pourra-t-il prétendre à une préférence? Nullement. Il est descendu à la condition des créanciers chirographaires; car, sans inscription, l'hypothèque est inefficace (1).

Il en serait de même si le copartageant, sans avoir laissé périmer son privilége, avait seulement tardé jusqu'au soixantième jour pour le faire inscrire, et que dans les dix jours qui ont suivi l'inscription, le débiteur fût tombé en faillite Cette inscription serait nulle, comme on le sait (2), et vainement le créancier se prévaudrait-il de la qualité de créance pour prendre privilége sur les créanciers chirographaires. Je l'ai dit; le privilége ne peut avoir d'action contre le tiers que par l'inscription. Sans inscription, il est forcé de demeurer dans l'inertie, semblable à l'être doué de la vie, mais qui n'a pas encore la vigueur nécessaire pour se mouvoir. L'art. 2105 porte formellement qu'*entre créanciers* les priviléges ne produisent d'effet que par l'inscription, et l'on voit qu'il ne distingue pas entre les créanciers chirographaires, hypothécaires ou privilégiés. Aussi M. Grenier dit-il (et je crois que c'est avec raison) (3): " Toujours est-il vrai qu'il a

(1) Grenier, t. 1, n. 60, p. 125. Répert., Inscript. hyp., p. 186. Arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1817. Dalloz, Hyp., p. 242, 243.

(2) Art. 443 du Code de commerce, et 2146 du Code civil. *Infrà*, n. 653.

(3) Hyp., t. 1, p. 129, *in fine*.

" été dans l'esprit de toute législation hypothécaire que lors-" qu'un créancier, *soit privilégié*, soit hypothécaire, ne rem-" plissait pas l'obligation qui lui était imposée pour le main-" tien *de son privilége* ou de son hypothèque, il descendait à " la condition des simples créanciers chirographaires."

269. Notre article ne soumet à l'inscription que les priviléges sur les immeubles. Les priviléges sur les meubles n'y sont pas astreints (1). On en conçoit facilement la raison.

A l'égard des priviléges qui frappent sur les meubles et sur les immeubles, il faut décider que la formalité de l'inscription ne les regarde pas ; car ce n'est pas subsidiairement qu'ils peuvent s'appesantir sur les immeubles ; leur assiette principale est sur les meubles. D'ailleurs, ils n'ont en général pour objet que des sommes assez minimes, et l'on a pu penser qu'il serait trop gênant de les astreindre à l'inscription, pour le cas tout-à-fait éventuel où ils viendraient à s'exercer sur les immeubles.

Consultez *St. R. B. C.*, ch. 37.

CHAPITRE TROISIÈME

DES HYPOTHÈQUES.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

2016. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation, en vertu duquel le créancier peut les faire vendre en quelques mains

CHAPTER THIRD.

OF HYPOTHECS.

SECTION I.

GENERAL PROVISIONS.

2016. Hypothec is a real right upon immoveables made liable for the fulfilment of an obligation, in virtue of which the creditor may cause them to be sold in the

(1) Art. 2107 du Code civil.

qu'ils soient, et être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps, tel que fixé dans ce code.

hands of whomsoever they may be, and have a preference upon the proceeds of the sale in order of date as fixed by this code.

---

* *C. N.* 2114, 2118. } 2114. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est de sa nature indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit, en quelques mains qu'ils passent.

2118. Sont seuls susceptibles d'hypothèques,

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ;

2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

---

* *C. L.* 3245. } L'hypothèque est un droit qui est accordé au créancier sur les biens de son débiteur, pour sûreté de sa créance, et qui lui donne la faculté de les faire saisir et vendre faute de payement.

---

* *ff. De pignoribus, Liv.* 20, *Tit.* 1, *L.* 17. } Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. (Ulpianus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Le droit qu'a le créancier de poursuivre son gage contre tout détenteur, lui donne à cet effet une action réelle. (Ulpien).

---

* 9 *Nouv. Denisart, v° Hypoth., p.* 741. } 1. Dans un sens très-général on nomme hypotheque l'affectation d'un bien de quelqu'espece qu'il soit, pour sûreté d'un engagement.

Dans un sens plus étroit, l'hypotheque est un droit accordé à un créancier pour sûreté de sa créance dans l'immeuble qui appartient à son débiteur : droit en vertu duquel le créancier peut suivre cet immeuble dans quelques mains qu'il passe, pour le faire vendre et être payé sur le prix préférablement à tous créanciers chyrographaires, ainsi qu'aux créanciers hypothécaires postérieurs en date, et non privilégiés.

C'est dans ce dernier sens que le mot hypotheque est pris dans le présent article. Quant aux autres espèces d'affectation des biens, voyez les mots *Nantissement*, *Ordre de créance*, *Antichrese*, *Assignat.*

L'hypotheque céde au privilége sur l'immenble ; et il y a cette différence entre l'un et l'autre, que la priorité de la date décide de la préférence entre différens créanciers hypothécaires, au lieu qu'entre différens créanciers privilégiés, c'est le plus ou moins de faveur que mérite la créance de chacun, qui détermine quel est celui qui doit être payé préférablement aux autres. Voyez au surplus *Privilege.*

Suivant notre définition on peut dire que les meubles ne sont point susceptibles d'une véritable hypotheque en France.

Cela est vrai même dans les pays de droit écrit, et autres, dans lesquels le prix des meubles qui ont été saisis sur un débiteur, se distribuent entre les créanciers hypothécaires, par ordre d'hypotheque, à l'exclusion des créanciers chyrographaires. En effet dans ces pays même on y suit la maxime établie par l'article 170 de la coutume de Paris : " *meubles n'ont point de suite par hypotheque*, quand ils sont hors de la possession du débiteur" ; et cependant selon notre définition il est de l'essence de l'hypotheque de renfermer ce droit de suite, qui n'a pas lieu sur les meubles dans les pays même dont nous venons de parler, quoique les meubles y fussent assujétis par le droit romain.

2. On peut hypothéquer ou tous ses immeubles, ou quelques-uns seulement que l'on spécifie. Delà la distinction entre l'hypotheque générale et l'hypotheque spéciale.

La premiere affecte tous les immeubles qui appartiennent au moment du contrat au débiteur, et s'étend sur tous ceux qui sont acquis par lui dans la suite, à mesure qu'il les acquiert.

La seconde est bornée à certains biens désignés.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. au tit.* 20 *Cout. d'Orléans*, *n*° 1. } L'*hypothèque*, ou *droit de gage*, est le droit qu'a un créancier dans la chose d'autrui, de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypothèque*, *n*° 1. } 1. L'*hypothèque*, ou *droit de gage*, est le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance.

Ce droit d'hypothèque est un droit dans la chose, *jus in re*.

2. Il y a deux espèces d'hypothèques, celle qu'on appelle *nantissement*, *pignus*, et celle qu'on appelle proprement *hypothèque*.

Le *nantissement* est l'espèce d'hypothèque qui se contracte par la tradition qui est faite de la chose au créancier, et qui lui donne droit de la retenir pour sûreté de sa créance jusqu'au parfait paiement, et même de la faire vendre à défaut de paiement.

L'*hypothèque* proprement dite est celle qui se contracte sans tradition.

---

* 16 *Locré*, *Législation de la France*, *p.* 107 *et s.* } 3. " Un principe fondamental sur lequel il ne peut y avoir diversité d'opinions, se trouve rappelé en tête de tous les projets de loi sur les hypothèques : *Quiconque s'est obligé personnellement*, *est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers*, *présens et à venir.*

" La conséquence de ce principe est que le crédit de celui

qui contracte un engagement, se compose, non seulement de ses immeubles, non seulement de tous ses biens actuels, mais encore de ceux que sa bonne conduite, que son industrie, que l'ordre naturel des successions, peuvent lui faire espérer.

" Les Romains, nos maîtres en législation, n'ont jamais fait la moindre dérogation à un principe aussi fécond dans ses heureux effets. Si, d'une part, ils ont voulu faire reposer la foi des engagemens sur tout ce que le débiteur possède et pourra posséder ; ils auraient également cru porter atteinte au droit de propriété du débiteur, s'ils l'avaient privé de l'avantage d'offrir, dans toute son étendue, la garantie qui est en son pouvoir.

4. " Quant aux droits des créanciers entre eux, ils étaient réglés sur des principes d'équité.

" Dans tous les temps, il s'est trouvé des créanciers qui, non contents d'une obligation personnelle et générale ont voulu rendre leur créance préférable à celle des autres créanciers. Ils ont exigé qu'on mit en leur possession des choses mobilières, qui devinssent ainsi leur gage spécial, ou que le débiteur affectât, sous le nom d'hypothèque, tout ou partie de ses biens présens et à venir. Le débiteur n'était point dépossédé par l'effet de cette hypothèque, mais il ne pouvait disposer du bien hypothéqué qu'avec la charge dont il était grevé envers le créancier : celui-ci pouvait le suivre entre les mains des tierces personnes auxquelles il aurait été transmis, et son droit ne se perdait que par la prescription.

Ainsi le créancier avait, du moment où l'engagement était contracté, un droit réel sur le bien hypothéqué, droit considéré comme un accessoire à l'engagement, et qui conséquemment s'appliquait aux biens présens et aux biens futurs.

" De là ces règles que le créancier hypothécaire est préféré à celui qui n'a qu'une obligation personnelle, et que dans le concours de plusieurs créanciers hypothécaires, celui dont l'hypothèque remonte à une date antérieure est préférable.

" Telle était l'ordre simple entre les créanciers qui avaient

obtenu l'hypothèque par convention avec le débiteur; mais il est aussi des engagemens qui, par leur objet, et par des principes d'humanité ou de justice, doivent être exécutés de préférence aux autres conventions, et conséquemment aux hypothèques qui en sont l'accessoire : ce sont les créances qui, par ces motifs, sont mises comme privilégiées dans une classe à part. Il faut qu'à cet égard les règles de l'équité soient aussi impérieuses que certaines, puisqu'elles se retrouvent dans tous les temps et dans tous les codes.

" Il est encore des engagemens qui se forment sans convention, et par l'autorité de la loi. Elle intervient alors pour conserver aux créanciers un droit que la nécessité de maintenir l'ordre public doit garantir ; et du moment que ce droit légal est établi, il ne doit plus dépendre du débiteur d'attribuer à un autre, par simple convention, un droit d'hypothèque qui puisse prévaloir.

" Telles sont les hypothèques que la loi donne à la femme sur les biens de son mari, aux mineurs et aux interdits sur les biens des tuteurs, etc.

---

* 10 *Pont, sur art.* 2114 *et s. C. N., n°* 321. } L'hypothèque, dit l'art. 2114, est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Pour nous, qui considérons l'antichrèse comme constituant aussi un droit réel affectant la chose même, et qui n'avons pas admis que le droit résultant de l'antichrèse ait, ainsi que l'enseigne M. Troplong, un caractère purement personnel, la définition de l'art. 2114 est incomplète et insuffisante. Elle dit bien que l'hypothèque est un droit réel *sur les immeubles,* et par là elle montre la différence qu'il y a entre l'hypothèque et le *gage* proprement dit, lequel ne peut avoir pour objet que des choses mobilières. Mais elle ne dit pas que le débiteur reste en possession des immeubles affectés, ou du moins que la possession de ces immeubles ne passe pas aux mains du créancier, et en cela elle omet l'une des circonstances importantes de l'hypothèque, l'une de celles notamment qui la

font distinguer du contrat d'antichrèse dont, suivant l'expression de M. Troplong, elle a été le perfectionnement ingénieux. Nous avons montré cela tout à l'heure, et Ulpien, dans la loi 9, § 2, ff. *De pigneratitiâ actione*, *vel contrà*, le précise en ces termes : *Propriè pignus dicimus*, *quod ad creditorem transit : hypothecam*, *cum non transit, nec possessio, ad creditorem.*

Il faut donc compléter la définition de notre article : à ce point de vue, nous accepterions de préférence celle de Po thier, suivant lequel l'hypothèque " est le droit qu'a le créancier dans *la chose d'autrui*, de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû." Toutefois cette définition, bien qu'elle paraisse admise en ces termes par d'éminents jurisconsultes, est incomplète encore ; et, pour plus de précision, nous y ramènerions deux circonstances importantes. D'une part, il faut dire que ce droit de poursuivre et faire vendre, le créancier peut l'exercer en *quelques mains qu'il trouve* l'immeuble affecté, en quoi le droit du créancier hypothécaire se distingue de celui du créancier chirographaire, qui, lui aussi, peut bien, s'il a un titre exécutoire, faire vendre les immeubles de son débiteur en vue du payement de ce qui lui est du, mais qui ne le peut qu'autant qu'il trouve les immeubles en la possession du débiteur. D'une autre part, il faut ajouter que le payement réclamé sur le prix, le créancier hypothécaire vient l'exiger, sinon à la date, au moins au rang déterminé par l'inscription de sa créance (voy. *infrà*, art. 2134), *par préférence et avec exclusion*, en quoi la position de ce créancier diffère encore de celle du créancier chirographaire, qui, s'il peut, après avoir fait exproprier son débiteur, se faire payer sur le prix, ne le peut du moins que sur ce qui reste de ce prix après l'acquittement des charges hypothécaires dont les immeubles étaient grevés, et encore sans aucune préférence vis-à-vis des autres créanciers chirographaires comme lui (art. 2093, *suprà*, n° 17). Ces deux circonstances sont importantes, disons-nous ; car en elles précisément se résument le droit de *préférence* et le

droit de *suite*, qui sont les effets directs ou les conséquences du droit réel créé par l'hypothèque. C'est ce qu'on verra tout à l'heure, quand nous nous occuperons du caractère de ce droit (voy. n° 329).

---

* 2 *Troplong*, *Privil.* *nos* 388-389-390. } 388. Dumoulin a fort bien montré (1) que le droit d'hpothèque n'est pas indivisible par sa nature, et qu'il est en lui-même (*meré*) susceptible de division comme le sort principal. " Sic ergo hy" potheca, ejusque luitio non minùs est dividua quàm " ipsum principale debitum, omni respectu dividuum."

Seulement il ne doit pas être divisé, parce que les conditions ne peuvent pas être scindées. " Cui fondus legatus est, " *si decem dederit*, partem fundi consequi non potest, nisi " totam pecuniam numeraret." L. 56, D. *De cond. et demonst.* Or l'hypothèque est la condition du prêt, et en retournant l'exemple donné par la loi romaine, on peut dire : Vous m'avez donné une hypothèque, qui constitue à mon profit un gage, que je dois vous remettre si vous me payez 10,000 francs que vous me devez. Vous ne pourrez obtenir la liberté, *même d'une faible partie* du fonds hypothéqué, qu'en me payant la somme tout entière (2).

L'hypothèque a donc quelque chose d'indivisible ; mais ce n'est pas une indivisibilité parfaite et naturelle. Ce n'est qu'une indivisibilité relative et impropre. " Fateor tamen " quod pignus non potest dividi invito creditore ; *individui-* " *tatem quamdam habet, non simplicem, sed secundùm quid,* " *nec veram et propriam,* quippe cui non competat " indivi" dui definitio, *sed impropriam* " ; ainsi parle Dumoulin (3).

La raison pour laquelle l'hypothèque doit rester dans l'état d'indivision, c'est en premier lieu l'utilité commune, *utilitas communis* (4) ; car on peut souvent ignorer la valeur d'un

(1) *Extricatio labyrinth. div. et individ.*, p. 3, n. 28.

(2) V. *infrà*, n. 775.

(3) Part. 3, n. 31.

(4) Part. 3, n. 30.

bien hypothéqué, ou bien, si on la connaît, cette valeur peut varier et le gage peut descendre au dessous de ce qu'il valait primitivement ; alors il arrive que le créancier se trouve frustré, et n'a pas de garantie pour le reliquat de la créance. Il est donc plus avantageux que le créancier retienne le gage tout entier, et puisse le faire vendre pour se faire payer du restant.

En second lieu, on suppose qu'en constituant l'hypothèque, il a été sous-entendu entre les parties que le gage ne serait purgé que par le paiement intégral de la dette. " *Ne dividatur vigor et vinculum pignoris, debito principali diviso* ", dit encore Dumoulin (1).

389. Cette indivisibilité de l'hypothèque a lieu tant passivement qu'activement.

Elle a lieu *passivement.* Par exemple le débiteur laisse deux héritiers, dont l'un paie sa portion virile de la dette ; mais pour cela, le gage ne sera pas purgé pour moitié, et l'héritier qui a payé ne pourra pas demander main-levée de l'hypothèque pour sa portion virile. Le créancier conservera son hypothèque sur le tout, et, si besoin est, il fera vendre la totalité de l'immeuble pour se payer de ce qui lui reste dû. C'est donc une erreur bien inconsidérée de François Arétin, d'avoir écrit que, puisque l'obligation personnelle se divise entre les héritiers, il en doit être de même de l'hypothèque. Il n'y a pas d'hérésie monstrueuse qui ne puisse s'appuyer du nom d'un jurisconsulte ! Bornons-nous à dire avec Dumoulin : " *Quod est falsissimum*, quia omnis hypotheca sive " legis sive hominis *est tota in toto*, *et tota in quâlibet parte* (2)."

L'indivisibilité a lieu *activement ;* ainsi, si le créancier a deux héritiers, et que le débiteur paie à l'un sa portion virile, l'autre conservera la totalité de l'immeuble sous l'hypothèque originaire, qui ne recevra aucune diminution de ce que la dette aura été payée pour partie, *propter indivisam*

(1) *Loc. cit.* L. *quandiù*, C. *De distract. pignor.*

(2) Part. 2, n. 91, et part. 3, n. 28.

pignoris causam (1). Il est même certain que, quand même l'héritier payé aurait consenti à la diminution de l'hypothèque, cette convention ne pourrait nuire à l'autre créancier, dont la condition ne peut être rendue plus mauvaise sans son propre fait (2).

390. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque est fécond en conséquences, et d'abord c'est de lui qu'émane cette règle consacrée par l'art. 2161 du Code civil, que le débiteur qui a promis de donner tels ou tels immeubles en hypothèque, ne peut obtenir la réduction de cette hypothèque, quand même elle offrirait plus de garantie qu'il n'en faut pour répondre de la dette (3).

De plus, c'est lui qui a fait établir cette autre règle consacrée par l'art. 873, que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout.

En effet, l'hypothèque ne pouvant pas se partager, chaque héritier détenteur des biens hypothéqués par le défunt, est exposé à se voir rechercher pour le total de la dette, dans chaque portion des biens couverts de l'hypothèque. A la vérité, l'obligation personnelle se divise de plein droit entre les héritiers ; c'est le vieux principe de la loi des Douze-Tables. Mais le créancier hypothécaire n'est pas tenu de suivre cette division ; et par l'action hypothécaire, qui est invisible, il peut sommer chaque héritier détenteur d'un objet hypothéqué, de payer la totalité de la dette ou de délaisser. " Actio quidem personalis inter hæredes pro singulis " portionibus quæsita scinditur ; pignoris autem jure, multis " obligatis rebus quas diversi possident, cùm ejus obligatio " non personam obliget, sed rem sequatur, possident non pro " modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in " solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo quod deti- " nent cedant." L. 2. C. *Si unus ex plurib.* (4).

(1) Dumoulin, part. 3, n. 28.

(2) Id., *loc. cit.*

(3) *Infrà*, n. 749.

(4) V. aussi Lebrun, Success., liv. 4, ch. 2, sect. 1, n. 32. *Infrà*, n. 775.

En effet, lorsque le créancier, poursuivant son action hypothécaire pour le total de la dette, presse un héritier de le lui payer, il ne considère pas cet héritier comme obligé personnel, mais bien comme tiers détenteur, pour tout ce qui excède sa portion virile. L'héritier actionné par la voie hypothécaire ne doit directement que le délaissement, et les véritables conclusions du demandeur doivent tendre à obtenir le délaissement, *si mieux n'aime l'héritier payer le total.* Je reviendrai là-dessus en commentant l'art. 2170 et l'art. 2172.

Mais ce serait une grande erreur de s'imaginer que l'héritier est tenu hypothécairement sur ses propres biens. L'addition d'hérédité ne produit pas une hypothèque tacite sur les biens propres de celui qui accepte. Aussi Bartole a-t-il dit avec concision, d'après la loi 29, D. *De pignorib. et hypoth.* : " *Obligatio facta à defuncto non porrigitur ad bona hæredis.*"

Si le créancier hypothécaire veut avoir hypothèque sur les biens de l'héritier, il faut qu'il obtienne une condamnation contre lui, et encore cette condamnation ne donnera-t-elle hypothèque que pour la portion virile de la dette dont l'héritier est tenu (1).

2017. L'hypothèque est indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles qui y sont affectés, sur chacun d'eux et sur chaque partie de ces immeubles.

L'hypothèque acquise s'étend sur toutes les améliorations et alluvions survenues depuis à l'immeuble hypothéqué.

Elle assure outre le

2017. Hypothec is indivisible and subsists in entirety upon all the immoveables made liable, upon each of them and upon every portion thereof.

Hypothec extends over all subsequent improvements or increase by alluvion of the property hypothecated.

It secures besides the

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n. 33, 35.

principal les intérêts qu'il produit, sous les restrictions portées au titre : *De l'Enrégistrement des Droits Réels*, et tous les frais encourus.

Elle n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que la créance ou obligation qu'elle assure subsiste.

principal, whatever interest accrues therefrom, under the restrictions stated in the title *Of Registration of Real Rights*, and all costs incurred.

It is merely and accessory and subsists no longer than the claim or obligation which it secures.

Voy. *C. N.* 2114, cité sur art. 2016 et consultez *S. R. B. C.*, ch. 37.

---

* *C. N.* 2133. } L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

---

* *ff. De pignoribus, Liv*, 20, *Tit.* 1, *L.* 16. } Si fundus hypothecæ datus sit, deindè alluvione major factus est, totus obligabitur. (Marcianus).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Si on engage un fonds qui s'agrandisse ensuite par l'accroissement insensible des terres, l'augmentation fera partie du gage. (Marcien).

Lahaie, sur art. 2133 *C. N.* } Sirey, 34, 2e partie, p. 308.

Domat, Lois civiles, liv. 3, tit. 1, sect. 1, n. 7.—Si l'hypothèque est restreinte à de certaines choses, elle ne laissera pas de s'étendre à tout ce qui pourra naître ou provenir de la chose hypothéquée, ou qui pourra l'augmenter ou en faire partie. Ainsi, les fruits qui naissent dans le fonds hypothéqué sont sujets à l'hypothèque pendant qu'ils tiennent au fonds ; ainsi, lorsque l'étendue d'un héritage hypothéqué se trouve augmentée de ce que le cours

d'une rivière peut y ajouter, l'hypothèque s'étend à ce qui a augmenté le fonds; ainsi, le bâtiment élevé sur un héritage sujet à une hypothèque y est sujet aussi ; et si, au contraire, un bâtiment est hypothéqué, et qu'il périsse par un incendie, ou tombe en ruine, l'hypothèque subsiste sur le fonds qui reste ; ainsi, enfin, lorsqu'un débiteur hypothèque un fonds dont il n'a que la simple propriété, un autre en ayant l'usufruit, lorsque cet usufruit sera fixé, l'hypothèque comprendra le fonds et les fruits.

(*Vide leg.* 29, § 1, *eod. tit.; leg.* 21, *ff. de pig. et act.; leg.* 29, § 2, *ff. de pign. et hyp.*)

Procès-verbal du Conseil d'Etat, du 25 février 1804.—Galli provoque une explication sur l'article, au sujet de l'accroissement du fonds.

Treilhard répond que les accroissemens produits par l'effet de l'alluvion sont insensibles, et deviennent ainsi des parties du même fonds : ils supportent donc l'hypothèque.—Mais il n'en serait pas de même si l'augmentation produite par un événement extraordinaire ajoutait à la fois à l'héritage une étendue assez considérable de terre pour qu'on dût la considérer comme un fonds nouveau et distinct du premier. (Persil, Régime hypothécaire).

Hua.—On ne saurait prendre de régulateur plus certain pour reconnaître quels sont les objets accrus au fonds sur lequel frappe l'hypothèque, que la désignation portée aux art. 519 à 526 du Code civil.

Merlin, R., v. hypothèques, sect. 2, § 3, art. 6, n. 9. — La disposition de cet article est générale ; elle s'applique non seulement aux hypothèques conventionnelles, mais encore aux hypothèques légales et judiciaires, et même aux priviléges. Elle est absolue lorsque l'amélioration est le produit du hasard, ou qu'elle a été faite aux dépens du débiteur ; mais elle est susceptible de modifications, tant que l'amélioration a été faite par un tiers. (Voir art. 2103, n. 4).

Duranton, t. 19, n. 258.—Malgré l'opinion de Dalloz, fondée sur une raison fort équitable, mais d'une application trop

difficile, nous pensons que tous les bâtimens élevés sur le sol d'une terre hypothéquée deviennent soumis à l'hypothèque. (Voir Dalloz, Traité des priviléges et hypothèques, p. 121.) Troplong, partage l'opinion de Duranton contre Dalloz ; Grenier, hypothèques, t. 1, n. 147, *id.*

Troplong, Commentaires des priviléges et hypothèques, n. 551.—Ainsi, si une hypothèque est donnée sur la nue-propriété, et que l'usufruit vienne à se consolider, l'hypothèque embrasse l'usufruit comme la propriété, car l'usufruit est un accessoire du fonds.

N. 553 *bis.* — Lorsqu'un droit d'hypothèque est constitué sur un usufruit, s'étend-il à la nue-propriété, lorsque l'usufruit et la nue-propriété se réunissent et se consolident ?

M. Grenier résout avec raison cette question pour la négative ; car l'usufruit et la nue-propriété sont deux droits distincts, deux *portions d'une même chose.*

(Voir encore sur cet article, Duranton, t. 19, n. 590 ; Dalloz, hypothèques, chap. 2, sect. 1, n. 15, 18, 19, 20).

---

* *Nouv. Denisart, vᵒ Hyp., p.* 745 *à* 748 *et p.* 774-5-6. } 1. Tous les immeubles réels ou fictifs, qui sont dans le commerce, sont susceptibles d'hypotheque.

On entend par immeubles fictifs, les droits réels, les rentes foncieres ou constituées, les offices. Comme le droit d'hypotheque est un droit réel, il s'ensuit que ce droit peut être lui-même hypothéqué pour la sûreté d'une créance ; ce qui sera expliqué plus au long au § IV.

L'ordonnance de la marine, après avoir déclaré, *tit.* 10, *art.* 2, " que tous navires et autres bâtimens de mer seront réputés meubles, ajoute :

Art. 2. " Seront néanmoins tous vaisseaux affectés aux dettes du vendeur, jusqu'à ce qu'ils ayent fait un voyage en mer, sous le nom et aux risques du nouvel acquéreur, si ce n'est qu'ils ayent été vendus par décret".

Art. 3. " La vente d'un vaisseau étant en voyage, ou faite

sous seing privé, ne pourra préjudicier aux créanciers du vendeur ".

2. Les fruits qui naissent dans les fonds hypothéqués, sont sujets à l'hypotheque tant qu'ils tiennent au fonds; mais ils cessent d'y être sujets aussitôt qu'ils en sont séparés.

Si l'héritage hypothéqué se trouve augmenté naturellement par l'effet de l'alluvion, l'hypotheque s'étend sur le tout.

L'hypotheque s'étend même sur le bâtiment qu'on éleve sur le fonds hypothéqué.

Si au contraire la maison qui a été hypothéquée périt par un incendie ou tombe en ruine, l'hypotheque subsiste sur le fonds, parce que ce fonds avoit été frappé de l'hypotheque conjointement avec la maison.

Enfin lorsqu'un débiteur a hypothéqué un fonds dont il n'avoit que la nue propriété, et dont un autre avoit l'usufruit, après l'extinction du droit d'usufruit, l'hypotheque s'étend sur les fruits, ainsi que sur le fonds.

Toutes les décisions précédentes sont la conséquence du principe, que l'accessoire suit la nature du principal.

3. Si un tiers, possesseur d'un fonds sujet à une hypotheque, y fait un bâtiment, l'hypotheque s'étendra aussi sur ce bâtiment ; mais le créancier qui exercera son hypotheque sur le fonds bâti, ne pourra se le faire adjuger qu'à la charge de rembourser au possesseur les frais de la construction du bâtiment, jusqu'à la concurrence de sa valeur.

4. Si le débiteur qui n'a pas hypothéqué tous ses biens, mais seulement un immeuble en particulier, fait l'échange de cet héritage contre un autre, l'héritage acquis en contr'échange ne sera point frappé de l'hypotheque qui subsistera sur le premier seulement : Domat,loix civ. *part.* 1,*liv.* 3, *sect.* 1, *n°* 12.

5. Comme on peut vendre une chose qui appartient à une autre personne, on peut de même l'hypothéquer. Pour rendre l'hypotheque valable il faut alors que le maître consente à l'hypotheque, ou qu'il la ratifie, ou que l'hypotheque ait été

stipulé sous la condition d'avoir son effet quand le débiteur seroit devenu le maître de l'objet hypothéqué : Loix civ., *Ibid.*, *n°* 2.

6. Celui qui après avoir engagé spécialement et uniquement un fonds à un créancier, l'engage à un autre sans lui déclarer cette premiere obligation, comme une infidélité qu'on appelle un stellionat, et contre laquelle nos loix ont prononcé des peines séveres.

L'infidélité est encore plus répréhensible, lorsque le débiteur déclare expressément au second créancier, que l'héritage qu'il lui engageoit n'avoit pas été engagé à d'autres. Car dans ce cas, dit le même auteur, le dol seroit plus grand ; et quand même le débiteur auroit d'ailleurs des biens suffisans, il seroit tenu des suites. Si par exemple, le fonds avoit été hypothéqué au second créancier pour sûreté d'une rente, le débiteur pourroit être contraint à cause de la fraude à racheter la rente. Mais on n'impute pas de stellionat à celui qui, ayant une fois obligé tous ses biens, oblige encore dans la suite, ou tous ses biens en général, ou quelques-uns en particulier, ni à celui qui engage le même fonds à plusieurs créanciers, de qui toutes les créances ensemble n'excedent par la valeur du fonds. Voyez *Stellionat.*

7. L'hypotheque étant un droit dans la chose, il n'y a que le propriétaire de la chose, ou la loi pour lui, qui puisse l'hypothéquer. C'est pourquoi l'hypotheque que nous accordons sur nos biens à venir ne naît qu'à l'instant que nous les acquérons.

8. Le possesseur d'une chose en étant réputé propriétaire, tant que le contraire ne paroît pas, il suffit que je prouve qu'un héritage a été possédé par mon débiteur, depuis qu'il m'a hypothéqué ses biens, pour pouvoir en conclure qu'il a pu me l'hypothéquer et me l'a effectivement hypothéqué, à moins qu'on ne justifie qu'il ne lui appartenoit pas.

9. Quiconque a le pouvoir de gérer les affaires d'autrui, comme un tuteur ou un procureur constitué, peut hypothéquer les biens de celui dont il gouverne les affaires, en se

renfermant dans les termes de son mandat, et en observant les formalités auxquelles il est assujéti par les loix. Le propriétaire est censé alors avoir agi par le ministere de son représentant.

Si quelqu'un, sans qualité ni procuration, a contracté comme se faisant fort pour vous une obligation devant notaires, il est certain que par lui-même le contrat est nul, et qu'il ne peut parconséquent produire aucune hypotheque sur vos biens. Mais on suppose que vous avez ratifié ensuite par acte notarié, l'obligation qui avoit été contracté en votre nom, et l'on demande de quel jour vos biens seront hypothéqués pour sûreté de votre engagement. Sera-ce du jour du contrat, ou du jour de la ratification ?

L'hypotheque n'aura lieu que du jour de la ratification, parce que jusqu'à ce moment l'engagement n'existoit pas, et que ce qui est nul ne peut produire aucun effet.

Il en est autrement de l'acte passé par un mineur, et ratifié par lui après sa majorité, comme on le verra dans le § suivant.

10. On demande si le créancier d'une succession qui est vacante, ou qui a été acceptée par bénéfice d'inventaire, peut acquérir hypotheque sur les biens de la succession, depuis qu'elle est ouverte.

On juge qu'après la mort d'un débiteur, ses créanciers ne peuvent plus acquérir d'hypotheque sur ses biens. En effet quels inconvéniens n'y auroit-il pas à accorder la préférence de l'hypotheque à ceux des créanciers d'un défunt, qui seroient les plus ardens à faire des poursuites immédiatement après son décès. A la premiere nouvelle de la mort d'un citoyen, ses créanciers seroient obligés de fondre avec empressement sur sa succession, pour se procurer une date avantageuse dans l'ordre des hypotheques ; et comme le succès de ces poursuites, aussi indécentes que dispendieuses, dépendroit absolument du plus ou moins de diligence des officiers subalternes qui en seroient chargés, à combien de fraudes et de difficultés ne donneroient-elles pas lieu ?

Il a donc paru plus sage d'établir pour maxime, que la mort de chaque citoyen fixeroit invariablement les droits actifs et passifs de sa succession.

11. L'hypotheque étant le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, *pour sûreté de sa dette*, il ne peut y avoir d'hypotheque sans dette.

C'est pourquoi la nullité de la dette contractée par une femme sans l'autorisation de son mari, dans la coutume de Paris, entraîne la nullité de l'hypotheque qu'un tiers qui s'est rendu caution de la femme, a accordé sur ses biens pour sûreté de son engagement.

Cette décision a lieu, quand même l'obligation que la loi déclare nulle, pourroît paroître valable suivant les règles du droit naturel.

12. Par suite du même principe, si l'on crée une hypotheque pour une dette qui n'est pas encore contractée, mais qu'on se propose seulement de contracter, par exemple pour un emprunt que l'on se propose de faire, l'hypotheque ne commencera que du jour que la dette aura été contractée. C'est pourquoi si le premier avril je suis convenu, que tel héritage vous seroit spécialement hypothéqué pour une somme de 10,000 liv., que vous me prêteriez, et que vous ne m'ayez compté cette somme que le premier Janvier suivant, l'hypotheque n'aura lieu qu'à compter du premier janvier.

Que doit-on décider par rapport aux dettes contractées sous condition ?

Il faut distinguer entre les dettes contractées sous des conditions casuelles, et celles qui dépendent de conditions potestatives.

Par rapport aux premieres, l'évenement de la condition a un effet rétroactif, de sorte que la dette et l'hpotheque qui en est la suite, remonte à l'époque du contrat.

Par rapport aux dettes contractées sous des conditions potestatives, la condition dépend ou de la volonté du créancier, ou de la volonté du débiteur.

Dans le premier cas, par exemple, si je suis convenu de

payer à mon voisin cent écus, lorsqu'il aura abattu dans son champ un arbre qui me bouche la vue, la condition étant accomplie, la dette remonte à l'époque de la convention.

Dans le second cas, par exemple, si je me suis engagé à payer une somme à quelqu'un, dans le cas où j'irois à Lyon, les loix romaines décident que l'hypotheque ne doit pas remonter au jour de la convention, et quelle doit avoir lieu seulement du jour où la condition a été accomplie.

Celui qui n'est créancier hypothécaire, que sous une condition, dit la loi 9, § 1, ff, *qui pot. in pign.*, doit primer celui qui n'est devenu créancier que postérieurement, pourvu que la condition ne soit pas de nature à ne pouvoir être accomplie malgré le débiteur : *Si modo non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri non possit.* Voyez aussi la loi 1, au même titre, et la loi 4, ff, *quæ res oblig. pign. non poss.*

13. Il n'y a pas de doute que l'hypotheque pour les arrérages d'une rente constituée, remonte à l'époque du contrat de constitution, parce que le paiement de ces arrérages est une suite nécessaire du contrat, et qu'en donnant hypotheque pour le principal, le débiteur a certainement l'intention de donner la même hypotheque, pour la sûreté du paiement des arrérages.

La question peut souffrir plus de difficulté par rapport aux intérêts d'une obligation à terme, de dix mille livres, par exemple, qui par sa nature n'en produit point. Lorsque le créancier d'une obligation de ce genre n'étant point payé à l'échéance, obtient une condamnation qui lui accorde des intérêts à compter du jour de sa demande, il n'est pas douteux qu'il n'ait hypotheque, à compter au moins du jour de sa demande pour les intérêts qui lui sont accordés. Mais cette hypothéque doit-elle remonter au jour où l'obligation a été contractée ? La question a été diversement jugée dans les tribunaux, et il y a sur ce point diversité de jurisprudence dans les cours.

Il paroît que, suivant l'ancienne jurisprudence du parlement de Paris, l'hypotheque n'étoit point accordée du jour de

l'obligation, à moins que l'acte ne contînt la clause, *à peine de tous dépens, dommages et intérêts.* Mais les derniers arrêts accordent l'hypotheque du jour de l'obligation, même lorsque cette clause ne se trouve point dans l'acte, parce qu'elle y est toujours sous-entendue.

C'est ce qui a été décidé, 1° par un arrêt du 18 août 1608, rapporté dans le recueil de Bouguier, lettre H, § 6 ; 2° par un arrêt du 17 août 1739, rendu sur appointement en la cinquieme chambre des enquêtes, et dont l'espece est rapportée dans le recueil de M. l'Epine de Grainville : *Conseil, fol.* 90-110, *n°* 2, *coté* 2358.

Le principe sur lequel ces décisions sont fondées, est que les intérêts sont un accessoire de l'obligation principale, et que par conséquent l'hypotheque des intérêts doit suivre entierement le sort de cette obligation.

On peut opposer à ce principe, que l'obligation ne produisant point d'intérêts par sa nature, les intérêts ne sont dus dans ce cas qu'à raison du retard. Ce dernier motif a déterminé le parlement de Rouen à adopter une regle toute contraire à celle que l'on suit au parlement de Paris. L'article 150 des placités porte : "Les intérêts des arrérages que le pleige a payés volontairement, ainsi que ceux qui sont *adjugés pour le retardement d'une dette*, ne sont dus et n'ont hypotheque que du jour de la demande".

14. Suivant l'article 148 du même réglement, les dépens des procédures faites pour recouvrer le paiement d'une dette, n'ont pas l'hypotheque du jour de la dette, mais seulement du jour de l'action, à la réserve des frais du saisissant qui sont pris par privilége sur les choses saisies.

Dans les parlemens de Paris, Grenoble, Provence, au contraire, on accorde aux dépens la même hypotheque qu'à la dette à l'occasion de laquelle ils ont été faits. Voyez le mot *Dépens*, § III, *n°* 2, *tom.* 6, *pag.* 243.

3. Du principe que le droit d'hypotheque est un droit réel, on tire une autre conséquence non moins importante. C'est que ce droit est susceptible d'être hypothéqué dans le cas

même où la créance pour sûreté de laquelle on l'a créée est une créance mobiliaire, qui par sa nature n'est pas susceptible d'hypotheque.

Dans ce cas on distingue la créance d'avec le droit d'hypotheque qui y est attaché. La créance est un droit contre la personne : l'hypotheque est un droit dans les biens ; c'est un droit immobilier, qui peut être affecté d'hypotheque. En conséquence lorsqu'un créancier en vertu de l'hypotheque attachée à une créance mobiliaire a saisi réellement les biens de son débiteur, ses propres créanciers hypothécaires ont droit de faire opposition en *sous ordre,* sur la somme qu'il doit toucher et de demander à être colloqué sur cette somme préférablement à de simples créanciers chirographaires. Voyez *Ordre.*

4. UN TROISIEME PRINCIPE, qui n'est pas moins fecond que les deux autres, c'est que la totalité, ainsi que chaque partie du bien, est affectée à la sûreté de la totalité, et de chaque partie de la dette.

En conséquence, 1° si deux héritages d'égale valeur sont hypothéqués pour une somme, cette affectation ne se partage point de maniere que chaque héritage ne soit engagé que pour moitié de la somme ; et cela de quelque valeur que les héritages soient, et quand même ils vaudroient chacun beaucoup plus que la somme pour laquelle ils sont hypothéqués. Si donc l'un des héritages vient à perdre, l'hypotheque reste toute entiere pour toute la dette sur celui qui subsiste.

2° Quoique le débiteur paye une moitié ou toute autre partie de la dette, les deux héritages demeurent engagés pour ce qui reste dû de même qu'ils l'étoient pour la totalité.

3° Si un même fonds est hypothéqué à deux créanciers pour diverses causes, dans le même temps, sans qu'on ait dit qu'une portion le sera pour l'un et une pour l'autre, chacun aura son hypotheque sur le fonds entier pour toute la dette ; et si la valeur du fonds n'est pas égale au montant des deux dettes réunies, et que le fonds soit vendu pour les acquitter, le prix en sera distribué non par moitié entre

chaque créancier, mais au prorata de la quotité de la somme due à chacun. Par exemple s'il est du dix mille livres à l'un des créanciers et cinq mille livres à l'autre, et que le prix du fonds vendu ne se monte qu'à douze mille livres ; le premier recevra huit mille livres, qui forment le deux tiers de cette somme, et l'autre tiers appartiendra au second créancier.

4° On suppose qu'un créancier hypothécaire décéde, laissant plusieurs héritiers. L'un de ceux-ci reçoit du débiteur la portion qui lui appartient dans la créance. L'hypotheque reste entiere aux autres héritiers pour tout ce qui leur appartient dans la créance.

5° Au lieu du créancier on suppose que le débiteur décéde, laissant aussi plusieurs héritiers, et plusieurs fonds à partager entr'eux. Après le partage chaque héritage reste affecté à toute la dette. Ainsi quoique l'héritier, qui posséde un fonds de la succession, ait payé sa portion de la dette, cela n'empêche pas que ce fonds ne puisse être saisi pour les autres portions de la dette, sauf le recours de cet héritier contre ses cohéritiers.

C'est cette règle que l'on exprime par la maxime vulgaire: les *héritiers, sont tenus hypothécairement pour le tout*, quoiqu'ils ne soient tenus chacun personnellement que pour leur part virile dans la succession ; pour le quart, par exemple, si chacun d'eux n'est héritier que pour un quart : coutume de Paris, *art.* 333.

6° L'hypotheque pour une soulte de partage s'étend sur tous les biens de la succession, pour la totalité de la soulte, sans souffrir aucune réduction. On va le voir par l'exemple suivant.

Par le partage fait entre quatre cohéritiers d'une succession commune, la totalité des immeubles est donnée à un seul : les autres ont seulement des soultes à répéter contre lui. Un des cohéritiers n'étant pas payé de la sienne, un de ses créanciers, comme exerçant ses droits, fait saisir les loyers et le fonds d'une maison dépendante de la succession.

Un créancier du saisi, dont le titre étoit antérieure au partage, forme opposition à la saisie, et prétend que le saisissant n'a droit de toucher qu'un quart des loyers, que n'ayant dans le principe qu'un quart à répéter dans la succession, l'hypotheque privilégiée, et antérieure au partage, qu'il peut avoir sur les biens de cette succession, doit-être limitée au quart de la maison, et que son hypotheque sur le surplus ne rémonte qu'au jour du partage.

Le saisissant répond que l'hypotheque pour soulte de partage est privilégiée sur tous les biens de la succession, qui ne passent qu'avec cette charge dans les mains de ceux auxquelles ils viennent à écheoir par le partage, que les créanciers antérieurs au partage ne peuvent se plaindre de cette charge, puisqu'ils n'ont pas dû compter sur une sûreté qui n'existoit pas lorsqu'ils ont contracté avec leurs débiteurs.

Il ajoutoit que la question avoit été décidée ainsi dans une espece plus difficile. Il s'agissoit du prix d'un immeuble, resté d'abord individis entre deux cohéritiers lors du partage des immeubles de la succession commune, et depuis licité. Les meubles n'avoient point été partagés. On douta si le collicitant auquel l'héritage n'étoit point échu, avoit une hypotheque privilégiée sur la totalité de l'immeuble, ou seulement sur la moitié ; et on jugea qu'elle avoit lieu sur la totalité, attendu que le partage n'étant pas encore consommé, la licitation étoit réputée en faire partie. Sentence du châtelet, du 9 septembre 1728, qui ordonne que le saisissant touchera par préférence ce qui lui est dû sur la totalité des loyers : *Journal Mss. de MM. de Lambon et Masson.*

5. On suppose qu'un immeuble appartenant en commun à plusieurs personnes, par exemple à plusieurs cohéritiers, l'un d'entr'eux contracte des dettes pour lesquels il accorde hypotheque sur tous ses biens, et par conséquent sur la portion indivise qu'il a dans l'immeuble commun. Il se fait ensuite un partage entre les héritiers, d'après lequel le droit de celui qui a contracté des dettes se trouve borné à une portion seulement de l'immeuble de la succession. On de-

mande si l'hypotheque des créanciers sera restreinte de même à cette portion qui est dévolue par le partage à leur débiteur, ou bien si l'immeuble tout entier continuera d'en être affecté.

Pour résoudre cette question il faut remonter à ce principe de notre droit, que les partages ont un effet retroactif au moment de l'ouverture de la succession, de telle sorte que ce qui échoit à chacun par le partage est censé lui avoir appartenu en entier dès ce moment, et que chacun est réputé n'avoir eu aucun droit sur les objets qui ne font point partie de son lot.

En conséquence, après le partage le droit du cohéritier étant borné à une portion de l'immeuble, l'hypotheque sera aussi restreinte à la même portion.

En vain objecteroit-on qu'avant le partage l'hypotheque des créanciers s'étendoit sur l'immeuble entier, et qu'ils n'ont pas pu sans leur fait, être privés d'un droit qui leur étoit acquis. La réponse à cette objection est que le droit des créanciers dans l'immeuble ne pouvoit pas être plus grand que celui de leur débiteur, et que le droit du débiteur étant soumis à la condition de souffrir le partage pour déterminer la portion qui devoit appartenir à chacun, l'hypotheque des créanciers étoit nécessairement assujétie à la même condition.

On doit donc tenir pour constant, qu'après le partage les portions de chaque héritier sont affranchies de toute hypotheque créée par leur cohéritier ; ce qui est d'autant plus raisonnable que s'il en étoit autrement, un seul héritier dissipateur consommeroit toute la succession, et s'empareroit réellement des portions de ses cohéritiers en les engageant à ses créanciers.

Ce que nous avons dit relativement aux effets du partage, s'applique à la licitation faite entre des propriétaires, dans le cas où il y a impossibilité prouvée de partager l'immeuble commun. Les mêmes principes doivent être suivis, dans le cas même où l'un d'entre plusieurs héritiers se seroit mis

seul en possession d'un immeuble faisant partie de la succession.

Pour qu'un partage produise les effets que nous avons annoncés, il faut qu'il ait été fait sans fraude, c'est-à-dire, que l'on n'ait pas affècté de donner à l'un des héritiers une moindre portion d'immeuble qu'aux autres à fin de frustrer les créancers de cet héritier.

Le cas qui peut souffrir le plus de difficulté est celui où une succession seroit composée soit d'effets mobiliers et d'un seul fonds qui seroit ou impossible ou trop incommode de partager, soit d'effets mobiliers et de plusieurs fonds que la convenance obligeroit à partager de maniere que quelques-uns des héritiers n'eussent dans leurs lots que des effets mobiliers, et peu ou point de fonds.

En effet dans ce cas les créanciers de l'héritier qui n'auroit dans son lot que peu ou point de fonds se trouveroient frustrés de l'espérance d'avoir pour gages quelques immeubles de la succession.

Donnât, *Loix civiles*, *ubi suprà*, *n°* 15, après avoir proposé cette difficulté estime que les créanciers doivent veiller avant le partage, et sur les meubles et sur les immeubles pour empêcher qu'il ne soit rien fait à leur préjudice ; car, ajoute-t-il, si le partage étoit fait sans fraude, on pourroit dire qu'ils n'avoient leur sûreté que sur ce qui pourroit écheoir à leur débiteur, et si ce débiteur avoit dissipé les effets mobiliers de son lot, il ne seroit pas juste que les autres héritiers en fussent responsables.

Les principes que nous venons d'établir sont confirmés par la jurisprudence.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypoth.*, *n°* 34 *et s. et notes.* } 34. Suivant le droit romain, toutes les choses qui sont dans le commerce, soit meubles, soit immeubles, soit corporelles, soit incorporelles, sont susceptibles d'hypothèques.

35. Notre droit diffère en cela du droit romain. Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles d'une véritable

hypothèque ; les meubles, ou n'en sont pas susceptibles, ou ne le sont que d'une hypothèque imparfaite.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, les meubles ne sont point susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothéçaires ne sont payés, sur le prix des meubles de leurs débiteurs, que concurremment avec les simples chirographaires, au sol la livre de leurs créances.

Dans quelques autres, telle que celle de Normandie, les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires sont colloqués, par ordre d'hypothèque, sur le prix des meubles de leurs débiteurs comme sur le prix des immeubles.

36. Mais cette hypothèque des meubles, reçue dans ces coutumes, n'est qu'une hypothèque imparfaite, qui ne dure que tant que les meubles sont en la possession du débiteur qui les a hypothéqués, et qui s'éteint lorsqu'ils ont été aliénés et ont passé en la main d'un autre, suivant cette maxime générale du droit français : *Meubles n'ont de suite par hypothèque.* Ce qui a été introduit pour la sûreté et facilité du commerce (1).

37. A l'égard des immeubles, ils sont partout susceptibles d'une véritable hypothèque, qui peut être poursuivie en quelques mains que la chose ait passé.

38. Non-seulement les immeubles corporels sont susceptibles de cette hypothèque, mais même les immeubles incorporels, tels que sont les droits réels, tels que les droits de rentes foncières, de censives, de fiefs, même les droits de justice (2).

(1) Cette maxime est reproduite dans l'art. 2119, C. civ. ; mais elle ne peut avoir aujourd'hui le sens que lui donne ici Pothier, d'après les coutumes qui autorisaient l'hypothèque sur les meubles ; elle ne peut s'appliquer qu'aux immeubles par destination, ou même par nature, lorsqu'ils ont perdu la qualité d'immeubles par changement de destination, ou par séparation de l'immeuble principal. (BUGNET).

(2) L'art. 2118, C. civ., ne permet pas d'hypothéquer des immeubles incorporels. (BUGNET).

[ARTICLE 2017.]

39. Le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque. *Pignus pignori dari potest* (1).

Les rentes constituées dans les coutumes telles que les nôtres, qui les réputent immeubles, sont aussi susceptibles d'hypothèque (2).

Les offices domaniaux et les offices vénaux de judicature et de finances en sont aussi susceptibles ; mais le sceau des provisions que le roi en donne, purge les hypothèques des créanciers qui n'ont pas eu la précaution d'y faire opposition.

40. La fin de l'hypothèque étant de vendre la chose hypothéquée pour être payé sur le prix, il suit de là que les choses qui ne peuvent être vendues n'étant pas dans le commerce, ne sont pas susceptibles d'hypothèque. *Eam rem quam quis emere non potest, jure pignoris accipere non potest.* L. 1, § 2, *Quæ res pig. vel hyp. dat.*

Cela n'empêche pas que le droit d'usufruit ne soit susceptible d'hypothèque, car il peut se vendre. Si on dit qu'il ne peut passer d'une personne à une autre, *personam usufructuarii non egreditur ;* c'est *subtilitate juris*, que l'étranger qui en est acquéreur ne jouit pas de ce droit, *proprio jure*, comme d'un droit subsistant en sa personne, mais du chef et pendant la vie seulement de celui sur la tête de qui il a été constitué.

41. On considère dans le droit d'usufruit, le droit même attaché à la personne de l'usufruitier, et l'émolument de ce droit, qui consiste en la perception des fruits de la chose sujette à ce droit ; cet émolument est séparable de la personne de l'usufruitier en qui réside le droit ; il peut se vendre, et est par conséquent susceptible d'hypothèque (3).

42. Les biens grevés de substitution ne sont pas absolu-

(1) Ce qui ne pourrait avoir lieu aujourd'hui. (Bugnet).

(2) Les rentes ont cessé de pouvoir être hypothéquées depuis la loi du 11 brum. an 7 (1er nov. 1798). (Bugnet).

(3) Le Code permet d'hypothéquer l'usufruit. (Bugnet).

ment inaliénables ; ils peuvent se vendre *cum causâ et onere fidei-commissi*, ils sont donc par conséquent susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire d'une hypothèque qui s'éteindra par l'ouverture de la substitution, si elle a lieu.

43. Les offices de la maison du roi n'étant point des choses qui soient *in commercio nostro*, ne peuvent être susceptibles d'hypothèque.

2018. L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.	2018. Hypothec can take place only in the cases and according to the formalities authorized by law.

---

* *C. N.* 2115. } L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

Lahaie, sur art. 2115 *C. N.* } *Rolland de Villargues*, v. hypothèques, n. 26.—C'est-à-dire que les hypothèques sont de *droit étroit*. Elles ne peuvent s'admettre par de simples analogies ; il faut un *texte formel*.

Merlin ; R., v. hypothèques, sect. 2. § 3, art. 2, n. 2.—On pourrait induire de ce texte que toutes les hypothèques sont *légales*, dans ce sens qu'elles dérivent toutes de l'autorité de la loi, et qu'elles ne prennent leur efficacité que par l'accomplissement des conditions qu'elle a prescrites. Mais dans le langage législatif, on a consacré le nom d'*hypothèque legale* à la disposition d'un certain genre d'hypothèques.

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, n. 392.—Cet article a pour but d'indiquer que l'hypothèque dépend des formalités auxquelles la loi l'a soumise. En effet, quoique ce contrat soit en soi du droit des gens, puisqu'il est pratiqué chez toutes les nations civilisées, néanmoins, la ma-

nière de l'acquérir est du droit civil, qui, mettant à l'écart les formes gênantes du nantissement, a permis que le débiteur restât en possession de l'objet qui sert de gage à la dette ; ce qui est contraire aux principes rigoureux de la tradition.

N. 392 *bis*.—Puisque l'hypothèque est en elle-même du droit des gens, il s'ensuit qu'un étranger peut acquérir hypothèque sur les biens situés en France.

Consultez *Sts. Ref. B. C.*, ch. 37.

2019. Elle est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.	2019. Hypothec may be either legal, judicial, or conventional.

---

* *C. N.* 2116. } Elle est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.

Consultez *S. R. B. C.*, ch. 37.

Lahaie, sur art. 2116 *C. N.* } Treilhard, Exposé des motifs au Corps législatif, 15 mars 1804.—L'hypothèque peut s'établir de trois manières : Deux personnes qui traitent se donnent respectivement, dans un acte authentique, des sûretés pour la garantie de leurs conventions. Voilà l'hypothèque *conventionnelle !*

On obtient des condamnations contre un citoyen. Les jugemens ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des contrats. Voilà l'hypothèque *judiciaire !*

Enfin, il est une autre espèce d'hypothèque que la loi

accorde à des personnes ou à des établissemens qui méritent une protection spéciale. C'est l'hypothèque *légale*. (Art. 2121).

Rolland de Villargues v. hypothèques, n. 37.—Ces diverses espèces d'hypothèques doivent toujours rester distinctes : on ne peut les mélanger : l'une ne peut rentrer dans l'autre. (Grenier, n. 185.)

N. 38.—Par exemple, si à l'occasion de l'exécution d'un acte contenant hypothèque conventionnelle et spéciale, il s'élevait des difficultés, et qu'il intervint des condamnations dont le résultat serait d'augmenter d'une manière plus ou moins considérable la même créance, ce serait improprement qu'alors on dirait que l'hypothèque spéciale est convertie en une hypothèque judiciaire générale. Il y aurait alors *deux hypothèques* bien distinctes, dont chacune devrait être limitée à l'objet sur lequel elle porte ; savoir : l'hypothèque spéciale, qui ne porterait toujours que sur le fonds énoncé dans l'obligation et dans l'inscription prise en conséquence, et l'hypothèque générale, qui existerait seulement en vertu du jugement ou de l'arrêt survenu depuis, et qui porterait sur tous les biens du débiteur.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n*° 3 *et s.* } Il y a le *droit de gage judiciaire*, qu'un créancier acquiert par la saisie judiciaire qu'il fait faire des effets de son débiteur.

Nous en parlerons dans notre *Traité de la Procédure civile*, où nous renvoyons.

Nous nous proposons de traiter ici principalement du *droit d'hypothèque proprement dit ;* nous ajouterons un chapitre sur le *droit de nantissement.*

4. On divise encore l'*hypothèque* en *générale* et *spéciale.*

Lorsque quelqu'un hypothèque à un créancier tous ses biens présents et à venir, l'hypothèque qu'a ce créancier sur chacune des choses qui composent lesdits biens, est une *hypothèque générale.*

Que si on a hypothéqué nommément un certain héritage, l'hypothèque sur cet héritage est une *hypothèque spéciale.*

[ARTICLE 2020.]

5. On distingue encore les *hypothèques* en *conventionnelles*, *légales* et *tacites*.

Les *hypothèques conventionnelles* sont celles qui naissent des actes des notaires. Ces hypothèques peuvent être appelées *conventionnelles*, parce que la convention par laquelle celui qui, par cet acte, contracte quelque engagement envers un autre, convient de lui hypothéquer ses biens, présents et à venir, pour la sûreté de cet engagement, ou est exprimée par ces actes, ou y est sous-entendue.

L'*hypothèque légale* est celle qui n'a point été convenue par aucune convention, ni expresse, ni tacite, telle que celle qui naît des jugements.

L'*hypothèque tacite*, qui est aussi légale, est celle que la loi seule accorde en certains cas, et qui est appelée *tacite* parce qu'elle ne résulte d'aucun titre, c'est-à-dire, ni d'aucun acte de notaire, ni d'aucun jugement, mais de la loi seule.

6. Enfin, on distingue les *hypothèques* en *hypothèques privilégiées* et *hypothèques simples*.

Les *privilégiées* sont celles qui sont accompagnées d'un privilége qui donne le droit au créancier qui a cette hypothèque, d'être préféré sur le prix de l'héritage hypothéqué aux autres créanciers hypothécaires, quoique antérieurs.

Les *hypothèques simples*, sont celles qui ne sont accompagnées d'aucun privilége.

2020. L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi seule.

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.

L'hypothéque conventionnelle nait de la convention.

2020. Legal hypothec is that which results from the law alone.

Judicial hypothec is that which results from judgments or judicial acts.

Conventional hypothec results from an agreement.

[ARTICLE 2020.]

* *C. N.* 2117. } L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.

L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 2019.

Lahaie, sur art. 2117 *C. N.* } *Domat*, Lois civiles, liv. 3, tit. 1, sect. 2, n. 5.—Toute hypothèque est ou expresse ou tacite. On appelle expresse celle qui s'acquiert par un titre où elle est exprimée, comme par une obligation ou un contrat ; et on appelle tacite celle qui, sans qu'on l'exprime, est acquise de droit, comme celles qu'ont les mineurs, les prodigues, les insensés, sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs.

(*Vide leg.* 4, *ff, de pign. et hyp.; leg.* 4, *in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrah.; leg.* 20, *Cod.*, *de adm. tat.; Novell.* 118, *cap.* 5, *in fine ; leg.* 19, § 1 ; *leg.* 20, 21, 22, *ff. de reb. unct. jud. poss.; leg.* 1, § 1, *Cod. rei uxor act.*)

Dalloz, hypothèques, chap. 2, sect. 3, art. 1, § 1, n. 1.—S'il fallait s'en tenir à cette définition, il faudrait dire que non-seulement tout jugement, mais que tout *acte judiciaire* est susceptible de produire une hypothèque ; qu'ainsi, l'acte du greffe qui constate la soumission de la caution, conformément à l'art. 519 du Code de procédure, emporte hypothèque sur tous les biens présens et à venir de la caution (et c'est en effet la doctrine de M. Delvincourt, t. 3, n. 7 de la p. 158) ; mais ce serait une erreur : l'art. 2123 développe et limite l'art. 2117.

N. 2.—Tout jugement est-il susceptible de produire hypothèque ? Il suffit pour cela qu'il contienne le germe nécessaire d'une obligation.—Les auteurs disent que l'hypothèque

ne peut résulter que des jugemens emportant une *condamnation* quelconque, soit qu'elle consiste dans le paiement d'une somme ou dans l'obligation de faire ou de ne pas faire.

A. Dalloz, hypothèque conventionnelle, n. 5.—Le propriétaire de l'immeuble a seul qualité pour le donner en hypothèque. Il ne suffirait pas, pour la validité de l'hypothèque, que la personne qui l'a consentie devint propriétaire de l'immeuble postérieurement à l'inscription. Grenier, hypothèques, t. 1er, n. 51 ; Dalloz ainé, t. 9, p. 189, n. 12 ; *id.*, p. 193.—*Contrà,* Merlin, R. t. 16, v. hyp., § 4 *bis.*

2021. L'hypothèque sur une portion indivise d'un immeuble ne subsiste qu'en autant que, par le partage ou autre acte qui en tienne lieu, le débiteur demeure propriétaire de quelque partie de cet immeuble ; sauf les dispositions contenues en l'article 731.

2021. Hypothec upon an undivided portion of an immoveable can only subsist in so far as the debtor, by means of a partition or other equivalent act, remains proprietor of some portion of such immoveable, saving the provisions of article 731.

Voy. autorités sur art. 731 et *Nouveau Denisard,* cité sur art. 2017.

Lacombe, v° Hyp., sec. 6, *n°* 5. } L'hypoteque des créanciers de l'un des cohéritiers, se restraint sur la portion échuë en son lot, Louet H. 11. Coq. qu. 27. le Br. des succ. liv. 4. ch. 1. n. 21. *v.* partage, sect. 3. n. 7: *v.* rapport, sect. 5. n. 1.

[ARTICLE 2022.]

2022. Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, sauf, les dispositions contenues aux titres : *Des Bâtiments Marchands* et *Du Prêt à la Grosse.*

2022. Moveables are not susceptible of hypothecation ; except as provided in the titles *Of Merchant Shipping* and *Of Bottomry and respondentia.*

---

* *C. N.* 2119, 2120. } 2119. Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

2120. Il n'est rien inové par le présent Code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 2017 et consultez *S. R. C.*, ch. 41 ; *Stat. Imp. The Montreal Shipping Act* de 1854.

Lahaie, sur art. 2119 *et* 2120. } *Persil.* Régime hypothécaire.—Notre article doit être entendu en ce sens que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques. Merlin, R. v. hypothèques, sect. 2, § 3, art. 3, n. 8, même opinion.

Rolland de Villargues, v. hypothèques, n. 154.—Du principe, que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, il résulte que lorsqu'ils se trouvaient hypothéqués avec l'immeuble dont ils étaient l'accessoire, et qu'ils viennent à en être détachés, le créancier ne conserve sur eux aucun droit.

Battur, Traité des hypothèques, n. 258.—C'est aux immeubles affectés d'un privilége ou réputés immeubles par destination, que s'applique la règle que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* Autrement, cette disposition de l'art. 2119 serait surabondante, puisque l'art. 2118 a déjà déclaré que sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens immeubles et leurs accessoires. Mais si le prix des meubles déta-

chés et vendus par le propriétaire n'était pas payé, les créanciers au préjudice desquels la vente aurait été faite, pourraient former opposition au jugement, et se faire payer par ordre d'hypothèque.

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, n.414. — Il n'y a d'exception à cela que pour le cas où le locataire dégarnit la maison louée. (Art. 2102 du Code civ. et 819 du Code de proc. civ.) Alors le locateur peut exercer la *revendication.* Mais il s'agit ici d'un *privilége.*

Hors ce cas, les meubles ne peuvent être poursuivis par droit de suite dans les mains des tiers.

N. 414.—Les meubles placés par fiction dans la classe des immeubles peuvent être hypothéqués avec le fonds dont ils sont l'accessoire. Mais s'ils viennent à être mis en gage ou vendus séparément de ce fonds, ils *reprennent leur caractère de meubles* ; et une fois aliénés, ils n'ont plus de *suite par hypothèque.* L'acquéreur ne pourrait être poursuivi en délaissement.

A. Dalloz, hypothèques, n. 68.—Cet article s'applique particulièrement au cas où un immeuble par destination vient à être détaché du fonds dont il faisait partie, et reprend son caractère de meuble qui le soustrait à l'hypothèque. (Duranton, t. 19, n. 254 et 280 : Dalloz aîné, t. 9, p. 121, n. 7.)

N. 76.—Une rente foncière, quoique stipulée non rachetable avant trente ans, ne serait pas passible d'hypothèque, puisqu'elle ne conserve pas moins son caractère mobilier. (Art. 529 du Code civil). Dalloz aîné, t. 9, p. 121, n. 1 ; Troplong, hypothèques, t. 2, n. 408. (*Contrà :* Malleville, t. 4, p. 265 ; Battur, hypothèques, t. 2, n. 246.)

(Voir avis du Conseil d'Etat, du 17 mai 1809, qui déclare que la procédure ne peut-être faite que devant les tribunaux civils.)

Rogron.—Quoique *meubles,* l'intérêt du commerce a voulu que les navires fussent suceptibles de l'hypothèque des créanciers du vendeur. (Art. 196 du Code de commerce.

Persil, Régime hypothécaire, sur l'article ; Battur, hypothèques, n. 259 ; Merlin, R., v. hypothèques, sect. 2, § 3, art. 3, n. 9.)

2023. L'hypothèque ne peut être acquise au préjudice des créanciers actuels sur les immeubles d'une personne notoirement insolvable, ni sur ceux d'un commerçant dans les trente jours qui précèdent sa faillite.

2023. Hypothec cannot be acquired, to the prejudice of existing creditors, upon the immoveables of persons notoriously insolvent, or of traders within the thirty days previous to their bankruptcy.

---

* *C. Com.* 446. } Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiemens, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque :— Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit ;—Tous paiemens, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiemens faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ;—Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

Consultez *S. R. B. C.*, ch. 37.—Voy. *Nouveau Denisard,* cité sur art. 2017.

---

* *Nouv. Denisard*, *v*° *Fraude*, *p.* 76-78. } 12. Lorsque le cessionnaire à titre onéreux a participé à la fraude de son cédant, la cession doit être déclarée nulle, et

le cessionnaire condamné à rétablir la chose cédée dans la masse des biens du débiteur, s'il l'a encore en nature, ou à en rendre la valeur entiere, s'il ne l'a plus.

Quant au prix qu'il en a donné, il en a la répétition contre son cédant. S'il se trouve en nature dans ses biens, il pourra le revendiquer contre les créanciers qui ne doivent pas s'enrichir à ses dépens, *leg.* 8, *eod;* mais s'il ne se trouve pas en nature, il ne pourra en exercer la répétition sur les biens de son cédant, au préjudice des créanciers dont il a voulu frauder les droits.

13. *Quinto.* Le paiement que le débiteur devenu insolvable, fait à l'un de ses créanciers, sans observer l'ordre établi par la loi pour la distribution de ses biens entre ses créanciers, est toujours frauduleux de la part du débiteur, qui par ce paiement frustre les créanciers qui auroient été payés s'il eût suivi l'ordre de la loi ; mais le paiement n'est pas toujours frauduleux de la part de celui qui reçoit. Il faut distinguer, comme dans les cessions réelles, si au moment du paiement le débiteur est connu publiquement pour être hors d'état de faire face à ses engagemens, ou passe pour être solvable.

Du moment que le débiteur est publiquement connu pour être hors d'état de faire face à ses engagemens, les paiemens qu'il peut faire sans observer l'ordre établi par la loi pour la distribution du prix de ses biens entre ses créanciers, est frauduleux, non-seulement de sa part, mais encore de la part du créancier qui reçoit au préjudice des autres. En conséquence, les autres créanciers ont droit de faire révoquer le paiement, de faire rétablir les deniers payés dans la masse des biens de leur débiteur, pour être distribués entr'eux, suivant l'ordre réglé par la loi : *leg.* 6, § 7, *ff.*, *quæ in fraudem creditorum.*

Si les deniers destinés à ce paiement irrégulier sont déposés par le failli, ses créanciers ont le droit d'exiger qu'ils soient rétablis dans la masse commune.

Il n'y a point de circonstance qui puisse rendre valide le paiement fait ou à faire par le failli contre l'ordre réglé par

la loi. Les créanciers ont toujours le droit d'exiger que les deniers appartenans au failli, déjà employés au paiement irrégulier, ou déposés comme destinés à ce paiement, soient remis à la masse commune. Ainsi jugé dans l'espece suivante, où l'on prétendoit que les circonstances devoient faire exception au principe.

Un premier arrêt rendu sur délibéré, au rapport de M. Goeffard, prononcé le 7 septembre 1765, avoit condamné le sieur..., comme banqueroutier frauduleux, et la dame son épouse, comme complice de sa banqueroute, à payer solidairement l'un et l'autre par corps une somme de 1650 livres, due au sieur Pouchet, négociant, par le mari seul.

Depuis cet arrêt, le mari débiteur déposa 1650 livres, au paiement desquelles l'arrêt du 7 septembre l'avoit condamné.

Les créanciers formerent opposition entre les mains du dépositaire, à la remise des deniers, et soutinrent que les deniers déposés devoient être remis à la masse des biens du failli.

Le sieur Pouchet, au contraire, demanda à être autorisé à toucher les deniers déposés, ou bien à continuer ses poursuites contre le mari et la femme, à cause de la solidité prononcée par l'arrêt du 7 septembre. Il observoit que le mari avoit été condamné à payer et non à déposer, et qu'il n'y avoit qu'un paiement réel qui pouvoit arrêter ses poursuites contre le mari et la femme.

Par arrêt du mardi 10 février 1767, audience de sept heures, la cour a ordonné que les deniers seroient réunis à la masse des biens du failli, et cependant a autorisé le sieur Pouchet à continuer ses poursuites contre la femme du sieur..., jusqu'au paiement réel et effectif. La femme du sieur... a été condamnée aux dépens envers toutes les parties, que Pouchet pourroit employer en frais de recouvrement, et retenir sur les deniers déposés : Plaidans Me Jouhannin pour la femme du sieur... Me Sionnest pour le mari, Me Leblanc de Verneuil pour les créanciers unis, et Me de

Varicourt pour Pouchet : *Non trouvé sur les registres par quelqu'erreur de date.*

14. Lorsqu'au moment du paiement, le débiteur passe dans le public pour être solvable, quoique dans le fait il soit hors d'état de faire face à ses engagemens, le créancier payé ignoroit ou connoissoit l'insolvabilité de son débiteur.

Si le créancier payé ignoroit l'insolvabilité de son débiteur, il a reçu de bonne foi ce qui lui étoit légitimement dû, le paiement est hors de toute atteinte, et les autres créanciers seroient mal fondés à vouloir faire annuller ce paiement comme fait à leur préjudice, parce qu'ils ne peuvent reprocher de fraude à celui qui a été payé.

15. Si le créancier payé connoissoit au moment du paiement l'insolvabilité de son débiteur, alors il a participé à la fraude de ce débiteur qui a voulu l'avantager au préjudice des autres. Le paiement frauduleux en la personne du créancier payé doit être déclaré nul : les autres créanciers l'obligeront à rétablir dans la masse de l'actif les deniers par lui touchés, sauf à exercer les droits résultans de sa créance sur la même masse dans l'ordre réglé par la loi.

Les loix romaines regardoient comme valable le paiement fait par le débiteur insolvable, dont l'état n'étoit pas publiquement connu au créancier qui connoissoit son état : *sciendum Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum ; sibi enim vigilavit :* leg. 6, § 7, ff., *quæ in fraudem creditorum.* Mais cette décision ne doit pas être suivie, parce qu'elle est contraire à l'équité. Chaque créancier veille pour lui seul au paiement de sa dette : en conséquence il peut recevoir son dû, sans s'inquiéter si les autres sont ou ne sont pas payés, tant qu'il y a lieu de croire que le débiteur commun est en état de faire face à tous ses engagemens ; mais il ne doit pas y veiller en fraude des autres créanciers. Ainsi il ne peut recevoir son paiement à leur préjudice, lorsqu'il a

la certitude que le débiteur commun est hors d'état de faire face à tous ses engagemens.

Pour soutenir contre notre sentiment, que la décision des loix romaines doit être adoptée dans notre droit françois, on peut invoquer ;

1°, L'autorité de Domat, qui s'énonce ainsi, *loix civ. liv.* 2, *tit.* 10, *sect.* 1, *n°* 12 : " le créancier qui reçoit de son débiteur ce qui lui est dû, ne fait point de fraude, mais se fait justice, en veillant pour soi, comme il lui est permis ; et quoique son débiteur soit insolvable, et que par ce paiement, il n'en reste pas assez pour les autres créanciers, ou que même il ne reste rien, il n'est pas tenu de rendre ce qu'il a reçu pour son paiement. Mais les autres créanciers doivent s'imputer de n'avoir pas veillé pour eux, comme a fait celui qui s'est fait payer ".

2°, L'autorité de Toubeau, en ses Institutions consulaires, qui pense, *liv.* 3, *tit.* 12, *chap.* 3, *pag.* 730, qu'un paiement fait par le débiteur à son créancier dans les dix jours qui précedent la faillite, est bon et valable, et ne peut être attaqué par un autre créancier, pourvu qu'au temps du paiement, le marchand fît encore son commerce et que la faillite ne fût pas ouverte.

3° Le sentiment de Savari, qui met au nombre des opérations de bonne-foi, *Parere* 39, *pag.* 312, " toutes lettres et billets de change et autres dettes, dont le temps du paiement est échu, payés en argent comptant dans le temps qui avoisine la faillite, même la veille d'icelle. Ceux qui ont reçu les deniers ne sont pas tenus de les rapporter, parce que l'argent monnoyé n'a point de suite, et cela n'a point été présumé une fraude de la part de ceux qui reçoivent, ni de la part de ceux qui payent ".

A ces autorités il est aisé de répondre, 1°, que Domat qui rapporte au bas du passage cité la loi romaine, n'a pas rendu cette expression de la même loi *quamvis sciens prudensque solvendo non esse*, d'où il résulte qu'il n'a pas voulu décider la question que nous traitons.

2° Que Savari reconnoît la nullité du paiement frauduleux, fait avant la faillite, car il décide, *ibidem*, la nullité du paiement fait " dans le temps qui avoisine la faillite, pour des lettres et billets de change et autres dettes, dont le paiement ne seroit pas encore échu ; parce que le paiement d'une dette faite devant le temps échu, en argent, dans le temps qui avoisine la faillite, est *présumé* avoir été fait de mauvaise foi et *en fraude* des créanciers ". Si Savari a pensé que le paiement voisin de la faillite devoit être déclaré nul, dans un cas où les circonstances le font présumer frauduleux, à plus forte raison a-t-il pensé qu'il devoit être déclaré nul dans le cas où la fraude seroit prouvée. Il est à remarquer qu'à la suite du passage invoqué pour l'opinion contraire, Savari met un exemple de paiement reçu par le créancier et fait par le débiteur de bonne-foi. " En effet on voit souvent arriver qu'un banquier reçoit la veille de sa faillite des sommes considérables, et qu'il paye du même argent les lettres et billets de change, et autres dettes qui sont échues. Ainsi il reçoit d'une main et paye de l'autre ; et le lendemain, il se retire par quelque accident imprévu. Par exemple, il recevra nouvelle que son correspondant qu'il a dans une ville, aura fait faillite, et qui par conséquent aura laissé protester les lettres-de-change qu'il avoit tirées sur lui ; lesquelles revenant sur lui, qui ne se trouvera pas pour-lors en état de les rembourser aux porteurs d'icelles, s'effrayera et se retirera inconsidérément ".

3° Que Jousse, qui cite Toubeau et Savari, est du même sentiment que le nôtre. " Un créancier, dit-il, *ordonnance de* 1673, *tit.* 11, *art.* 4, *not.* 1, qui *de bonne foi* et *sans fraude* auroit reçu de son débiteur le montant de ce qui lui est dû, ne pourroit être recherché par les autres créanciers, pour rapporter ce qu'il a reçu, quand même il auroit reçu la veille de la faillite ".

Ces raisons, jointes à l'équité, la première de toutes les loix, nous font persister dans notre avis, que le paiement fait à la veille de la faillite, (par exemple, dans les dix jours qui

la précèdent) doit être déclaré nul, toutes les fois que les autres créanciers du failli administreront la preuve que le créancier qui a été payé, connoissoit la situation du débiteur et sa faillite prochaine.

Nous observerons seulement que le cas de déclarer nul le paiement fait à la veille de la faillite, est très rare. Il ne suffit pas de prouver que le créancier payé soupçonnoit la situation de son débiteur, il faut prouver encore qu'il avoit une connoissance certaine de la faillite méditée. Celui qui reçoit son dû d'un homme qui fait encore son commerce, son état, a pu croire qu'il avoit d'ailleurs des ressources pour payer ses autres créanciers.

---

* *Nouv. Denisard*, v° *Faillite*, *p.* 401-5. } 1. On nomme *faillite* la situation d'un homme qui s'annonce, soit par une déclaration précise, soit par ses actions, pour être hors d'état de faire face à ses engagemens.

C'est l'annonce qu'on est hors d'état de faire face à ses engagemens qui constitue la faillite. Ainsi,

1° Pour être en faillite, il ne suffit pas d'être hors d'état de faire face à ses engagemens, il faut encore s'annoncer pour être tel. Le négociant qui a 600,000 liv. d'actif et 800,000 liv. de dettes, est hors d'état de faire face à ses engagemens ; mais tant qu'il a du crédit ; qu'il continue son commerce ; qu'il fait honneur aux lettres-de-change qu'on lui présente, il n'est pas en faillite. Sa faillite ne commence que du jour qu'il annonce sa situation.

2° Pour être en faillite, il n'est pas absolument nécessaire d'être hors d'état de faire face à ses engagemens, il suffit de s'annoncer pour tel ; c'est ce qui arrive à plusieurs banqueroutiers frauduleux, qui après avoir détourné la meilleure partie de leur actif, déclare leur faillite, quoiqu'ils possèdent réellement plus de bien qu'il ne leur en faut pour satisfaire à tous leurs engagemens.

Le bénéfice d'inventaire est une espece de faillite de la

succession. L'héritier qui se porte héritier bénéficiaire, annonce par-là qu'il craint que l'actif de l'hérédité ne soit pas assez fort pour faire face au passif.

2. Lorsque le débiteur déclare à ses créanciers, qu'il est hors d'état de les satisfaire, la faillite est constante.

A défaut de déclaration expresse, la faillite devient certaine par des faits du débiteur, qui annoncent son impossibilité de satisfaire à ses engagemens. Il y en a qui sont des signes certains de faillite : il y en a qui en sont des signes incertains. Pour que la faillite devienne constante par ces faits, un seul des premiers suffit. Pour qu'elle devienne constante par les seconds, il faut la réunion de plusieurs. Il seroit à désirer que l'on fît une loi qui désignât exactement les cas dans lesquels un homme seroit réputé en faillite : elle éviteroit bien des difficultés.

3. Les faits qui annoncent que le débiteur est hors d'état de satisfaire à ses engagemens varient beaucoup, suivant les circonstances. Voici les principaux :

1° La poursuite de l'entérinement de lettres de cession.

2° Le dépôt du bilan au greffe.

Ces deux faits contiennent la déclaration précise du débiteur, qu'il est hors d'état de satisfaire à ses engagemens.

3° La cessation totale des paiemens. Comment pourroit-on regarder comme en état de faire face à ses engagemens celui qui cesse tous ses paiemens ?

La cessation totale des paiemens a lieu lorsque le débiteur n'acquitte aucun des effets qui lui sont présentés, les laisse protester, et laisse obtenir contre lui des sentences de condamnation, dont il n'acquitte pas sur-le-champ le montant.

Nous disons la cessation *totale*. Le défaut de paiement de quelques dettes particulières, est un signe incertain de faillite. Il donne lieu de soupçonner la faillite prochaine ; mais il ne suffit pas pour en opérer l'ouverture : il faut qu'il soit accompagné d'autres circonstances, comme rupture de commerce, clôture de boutique, etc. " Si un homme a laissé prendre plusieurs sentences ; qu'il ait obtenu du temps en

justice ou un sursis de la part de ses créanciers, il seroit dangereux, dit M. Pigeau, *Procédure civile du châtelet*, *tom.* 1, *pag.* 438, de le regarder comme failli ; il ne pourroit plus payer, ni vendre quoi que ce soit de son commerce, il seroit par conséquent inutile de lui accorder des tempéramens. On ne doit placer l'époque de sa faillite en pareil cas, qu'au moment où succombant sous le poids de ses engagemens, il paroît être dans une impossibilité absolue d'y faire face, comme lorsqu'il manque aux délais accordés par les sentences, et que l'on saisit ses effets, ou qu'on le met en prison, qu'il ferme sa boutique ou se retire ".

Le défaut de paiement de quelques dettes particulieres ne donne pas ouverture à la faillite, lorsque le débiteur s'étant arrangé avec son créancier, a continué de jouir de son état, de son crédit. C'est l'un des points jugé par un arrêt rendu en la cour des Aides le 29 juillet 1783, sur les conclusions de M. Dufaure de Rochefort, avocat-général, dont l'espece est rapportée avec détail dans la Gazette des Tribunaux, *tom.* 16, *pag.* 259.

Le sieur Bolle, ci-devant receveur des domaines et bois du Bourbonnais, constitué prisonnier pour dettes, avoit, fait le 11 juin 1780, transport de différens effets au sieur Deville, l'un de ses créanciers pour obtenir la liberté de sa personne. Dix-huit mois après le transport, il se retira en pays étranger. Le contrôleur des restes fit alors des poursuites, et demanda la nullité du transport du 11 juin 1780, comme fait dans un temps de faillite ouverte. Le sieur Bolle cédant, les créanciers Guémené prenant le fait et cause du sieur Deville cessionnaire, soutenoient la validité du transport ; qu'il n'avoit pas été fait dans un temps de faillite ouverte, parceque le sieur Bolle, sorti de prison, avoit joui pendant plus de dix-huit mois de son crédit, de son état, et n'avoit essuyé aucune poursuite. L'arrêt a débouté le contrôlant des restes de la demande en nullité de l'acte de transport du 11 juin 1780.

4. Quoique le défaut de paiement de quelques dettes parti-

culieres ne soit pas un signe absolument certain de faillite, néanmoins, lorsqu'il est suivi du non paiement des autres dettes, de la rupture du commerce, de la discontinuation de l'état de banquier, ou autres circonstances qui constatent la faillite, alors la faillite est ouverte du jour que le failli a commencé de cesser ses paiemens.

C'est d'après ce principe que les consuls de Paris, consultés en vertu d'un arrêt de la cour du 20 janvier 1755, sur l'époque à laquelle il falloit fixer l'époque de la faillite du sieur Lay de Serisy, ont donné leur avis le 25 mars suivant, assistés de plusieurs banquiers et négocians, en ces termes : " estimons tous unanimement qu'attendu la notoriété de la cessation dudit Lay de Serisy, dès le 11 juin 1745, et tout ce qui s'en est ensuivi, sans qu'il paroisse les avoir repris, la faillite du sieur Lay de Serisy doit être réputée et déclarée ouverte dès ledit jour 11 juin 1745, date de la premiere de nos sentences obtenues contre lui, et qui a été suivie de nombre d'autres sans interruption ".

L'arrêt du 20 janvier 1755, d'après lequel l'avis précédent a été donné, avoit été rendu sans contradiction sur la requête des syndics des créanciers de Lay de Serisy. Il homologue une délibération des créanciers ; " en conséquence et conformément à icelle, pour fixer l'époque de la faillite de Lay de Serisy, renvoie les créanciers par devant les juge-consuls de Paris, à l'effet de donner leur avis, qui sera reçu en la cour " ; *Conseil*, *fol.* 186, *n°* 1, *coté* 2731.

L'avis des juge-consuls ayant été donné le 25 mars 1755, les mêmes syndics présenterent une requête en la cour pour le faire homologuer. Cette homologation a été prononcée sans contradiction par un second arrêt du 8 avril 1755, par lequel en conséquence " la cour déclare la faillite de Lay de Serisy avoir été ouverte dès le 11 juin 1745 " ; *Conseil*, *fol.* 175, *n°* 1, *coté* 2738.

Cet arrêt a fait pendant quelques années la loi dans la direction des créanciers de Lay de Serisy.

Depuis, par requête du 22 mai 1759, les syndics des mêmes

créanciers ont demandé " qu'en conformité de l'arrêt de la cour du 8 avril 1755, homologatif de l'avis des consuls du 25 mars précédent, les cessions, transports ou nantissement faits et donnés au sieur Ballet, banquier à Paris, par le sieur Lay de Serisy depuis le 11 juin 1745, jour de l'ouverture de sa faillite, des obligations et billets faits à son profit par le sieur de Sebberal, fussent déclarées nulles ; en conséquence, que le dit Ballet fût condamné et par corps à rendre et payer auxdits syndics et autres créanciers les sommes qu'il avoit touchées dans la direction faite entre les créanciers Sebberal, ou comme le représentant dans la direction Laideguive, sur et tant moins en déduction et jusqu'à concurrence du contenu aux différens titres de créances sur ledit Sebberal, que ledit Ballet s'étoit fait remettre par ledit Lay de Serisy, depuis l'ouverture de sa faillite du 11 juin 1745 ".

Par arrêt du 22 mai 1762 rendu au rapport de M. l'abbé Terrai, " La cour ayant égard à l'intervention du sieur de Beze et consorts, directeurs des créanciers Ozon, déboute les syndics des autres créanciers de Lay de Serisy et sa femme de leur demande portée par requête et exploit du 22 mai 1759, et les condamne aux dépens........, sur le surplus hors de cour" : *Conseil*, *fol.* 155-159, *n°* 4, *coté* 2947.

Ce dernier arrêt, comme l'on voit, a jugé valables les cessions et transports faits par le sieur Lay de Serisy au sieur Ballet, qu'on datoit du 15 juin 1745, onze jours après l'époque de la faillite adoptée par le premier arrêt ; en quoi il lui paroît contraire.

Aussi a-t-il été annoncé par l'auteur de la dernière édition de cet ouvrage, qui ne connoissoit pas le premier arrêt, comme fondé sur la circonstance, qu'il étoit prouvé par les livres du sieur Lay de Serisy, que les relations de son commerce s'étoient soutenues jusqu'au 12 octobre 1745, et comme ayant décidé qu'une faillite n'est ouverte pour cessation de paiement, que quand cette cessation est accompagnée de rupture de commerce, clôture de boutique, de magasin, de banque, etc., ou de dépôt d'un bilan.

Nous ne savons comment concilier la contrariété apparente de ces deux arrêts. Il y a tout lieu de croire que lors de la derniere contestation il y avoit des circonstances particulieres que nous ne connoissons pas, et qui ont empêché l'application du premier arrêt. L'avis des consuls étoit motivé sur le fait notoire que le sieur Lay de Serisy avoit cessé ses paiemens dès le 11 juin, sans qu'il parût les avoir repris. Peut-être a-t-on prouvé dans la seconde contestation, qu'il avoit repris ses paiemens, et qu'ainsi l'avis des consuls s'ecrouloit par son fondement ; peut-être y avoit-il difficulté sur la véritable date à laquelle il falloit placer la cession faite par le sieur Lay de Serisy au sieur Ballet, que les uns plaçoient après le 11 juin, époque de la faillite, et les autres avant le premier du même mois, avant les dix jours précédens la même époque. Dans ce dernier cas, l'arrêt de 1755 n'auroit pas pu avoir son application aux cessions dont il étoit question dans l'arrêt de 1762.

5. L'ordonnance du commerce de 1673 porte, *tit.* 11, *art.* 1. " La faillite ou banqueroute, sera réputée ouverte du jour que le débiteur se sera retiré, ou que le scellé aura été apposé sur ses biens ". Ainsi elle assigne deux faits, comme preuve de faillite ouverte, le sens de l'ordonnance n'est pas que ces deux faits soient l'un ou l'autre signe suffisant de faillite ; mais seulement que la faillite étant devenue constante, sera réputée ouverte du jour que le débiteur se sera retiré, ou que le scellé aura été apposé sur ses biens.

Les deux faits que l'ordonnance met au nombre de preuves de faillite, sont,

4° Le premier, *lorsque le débiteur se sera retiré.*

L'absence du débiteur n'est pas dans tous les cas un signe de faillite. Il faut que ceux qui sont dans sa maison, cessent de payer en son nom. Tant qu'il y a quelqu'un qui paye au nom de l'absent, il n'est pas en faillite.

L'absence d'un négociant ou d'un homme d'affaires, qui n'a laissé personne chez lui pour payer en son nom, est un signe suffisant de faillite, parce qu'elle annonce la cessation

totale de paiement, et le dessein de se soustraire aux poursuites.

Observez néanmoins que si l'absence du négociant ou de l'homme d'affaires, qui n'a laissé personne chez lui, pour payer en son nom, est très-courte, comme de vingt-quatre heures ; qu'elle ait été causée par une maladie ou un accident imprévu, et que sur le soupçon de faillite l'absent revienne sur-le-champ faire honneur aux engagemens dont on a réclamé l'exécution pendant son absence, pareille absence ne peut imprimer au débiteur le caractère de failli, parce qu'alors il n'y a ni cessation totale de paiement, ni envie de se soustraire à ses créanciers.

Dans les autres états qui n'exigent pas de leur nature, qu'on réponde à chaque instant au public, la seule absence du débiteur, sans avoir laissé personne qui paye pour lui, n'est pas un signe suffisant de faillite. Il faut qu'elle soit longue ou accompagnée de circonstanees qui annoncent l'impossibilité de faire face à ses engagemens.

6. 5° Le second fait assigné par l'ordonnance, comme preuve de la faillite du débiteur, est *lorsque le scellé aura été apposé sur ses biens.*

Si les créanciers du débiteur qui ne fait pas honneur à ses engagemens, craignent le divertissement de ses effets, ils presentent requête au juge, d'après la permission duquel ils font mettre le scellé chez leur débiteur. L'apposition de ce scellé devient un signe certain et suffisant de sa faillite.

L'apposition du scellé n'est pas néanmoins un signe absolument certain et suffisant de faillite. Il peut se rencontrer des circonstances particulieres, où, malgré l'apposition des scellés, le débiteur n'est pas en faillite. Supposons un marchand qui va passer les fêtes de la pentecôte avec tout son monde à douze lieues de Paris, il y est retenu par un accident imprévu, la boutique n'est pas ouverte, le mercredi deux porteurs de lettres-de-change se présentent, ne trouvent personne dans la maison, prennent l'alarme, présentent requête au juge, font mettre les scellés. Le marchand revient le jeudi

matin, paye sur-le-champ ces deux créanciers, et les autres qui se présentent, continue son commerce comme auparavant. On ne peut pas dire que ce négociant ait fait faillite.

7. Il y a encore plusieurs autres faits du débiteur, qui sont signes de sa faillite.

6° La rupture du commerce, qui s'annonce par la clôture de la boutique, ou magasin. Il peut néanmoins se rencontrer des cas extraordinaires, où la boutique et le magazin restent fermés un jour ou deux, sans que le commerce soit rompu.

7° La clôture du bureau de paiement chez un homme d'affaires.

8° Lorsque le debiteur détourne ses effets pour les soustraire aux poursuites de ses créanciers, quand même il n'auroit pas à cette époque manqué à ses engagemens.

9° Lorsqu'un négociant vend à vil prix et au comptant une certaine quantité de marchandises, sa conduite donne lieu de croire qu'il lui importe fort peu de remplir ses engagemens, et qu'il projette d'en emporter le prix.

Il y a néanmoins des circonstances qui peuvent engager un négociant à vendre à vil prix et au comptant, sans aucun dessein de faillite, une certaine quantité de marchandises. Il peut avoir juste sujet de craindre de ne pouvoir se défaire de ses effets, en attendant plus long-temps ; il peut avoir besoin de ses fonds pour satisfaire à ses engagemens, ou acheter des marchandises plus avantageuses.

10° Il est encore plusieurs autres faits capables d'annoncer que le débiteur est hors d'état de faire face à ses engagemens, comme si un marchand porte au Mont-de-piété la plus grande partie des marchandises de son fonds.

8. Nous nous occupons dans le présent article de la faillite en général, sans examiner si le failli se conduit de bonne ou de mauvaise foi envers ses créanciers. Il se conduit de bonne foi, lorsqu'ayant perdu sa fortune par des accidens imprévus, il n'use d'aucuns détours pour se ménager des ressources aux dépens de ses créanciers. Il se conduit de mauvaise foi, lorsqu'il prépare sa faillite par des opérations frauduleuses,

ou lorsqu'ayant perdu sa fortune par des accidens imprévus, il use de détours pour se réserver une partie de ses effets. Le mot banqueroute s'emploie souvent pour exprimer toute sorte de faillite frauduleuse, ou non. On s'en sert aussi pour exprimer la faillite frauduleuse, qu'on appelle plus souvent *banqueroute frauduleuse.*

A quelles marques peut-on reconnoître si la faillite est, ou n'est pas frauduleuse ? voyez sur cette question le mot *Banqueroute*, § II, *tom.* 3, *pag.* 199.

9. Sur la conduite à tenir en cas de faillite, soit par le débiteur qui se voit hors d'état de faire face à ses engagemens, soit par les créanciers, voyez Savari, *Parfait négociant*, *part.* 2, *liv.* 4 ; Jousse, *Ordonnance de* 1673, *tit.* 11, et M. Pigeau, *Procédure civile du châtelet*, *tom* 1, *pag.* 437.

10. Les effets principaux de la faillite sont,

1° De rendre exigibles toutes les dettes du failli qui ne le sont pas, soit par la convention, comme l'argent dû à terme, soit par la nature de la dette, comme les capitaux de rente perpétuelle. Le créancier n'a donné terme pour payer, que dans l'espérance que le débiteur seroit en état de le payer au terme convenu, sous la condition tacite qu'il conduiroit jusqu'à ce terme ses affaires, de maniere à ne pas tromper son espérance. Si dans l'intervalle le débiteur devient hors d'état de satisfaire à ses engagemens, la concession du délai s'évanouit et la dette devient exigible sur-le-champ. Le créancier de rente perpétuelle doit à son débiteur l'assurance d'être payer des arrérages. Cette assurance s'évanouit lors de la faillite ;ainsi il peut exiger le capital.

2° D'assurer aux créanciers les biens de leur débiteur, comme un gage commun sur lequel ils doivent être payés dans l'ordre réglé par la loi. Le failli, soit après sa faillite, soit dans le temps qui l'avoisine ne doit rien faire en fraude du paiement que la loi assure à ses créanciers, sur son actif: voyez FRAUDE, *relativement aux créanciers.*

---

* *Ancien Denisart, v° Hypothèque, nos 45-46, p. 657.* } 45. Quand la reconnoissance d'un écrit privé ne se fait que contre l'héritier de celui qui l'a souscrit, elle peut bien constater le droit du créancier sur la succession du débiteur, pour lui faciliter son paiement sur les biens de la succession par préférence aux créanciers de l'héritier ; cette reconnoissance peut même donner *hypothéque* au créancier du défunt sur les biens personnels de l'héritier : mais relativement aux autres créanciers chirographaires de la succession, celui qui a fait reconnoître son titre, n'a aucune préférence ; le droit des uns et des autres s'étant trouvé égal au moment de la mort du débiteur commun, l'antériorité ou la postériorité des reconnoissances ou des condamnations ne change point leurs qualités de créanciers chirographaires.

46. Il en est de même de la reconnoissance ou vérification faite avec un curateur à la succession vacante ; ces reconnoissances ou vérifications n'emportent point *hypothéque* sur les immeubles de la succession ; et celui qui a la plus ancienne condamnation contre le curateur, n'a point d'avantage contre les autres : c'est l'avis de Chopin sur la coutume d'Anjou.

---

* *Grenier, sur Edit de 1771, p. 382-3.* } La distribution doit être faite entre tous les créanciers opposans, même quand le contrat n'auroit été déposé qu'en faillite ouverte de la part du débiteur, et quand les oppositions n'auroient été formées que dans cette circonstance.

J'ai vu élever la question de savoir si, dans ce cas, les créanciers opposans pourroient faire valoir leurs oppositions contre ceux qui auroient négligé cette formalité. Ceux-ci soutenoient qu'il devoit en être de ces oppositions comme des hypothèques. Lorsque la faillite est réputée ouverte, un des créanciers ne peut acquérir une hypothèque au préjudice des autres, suivant la déclaration du 8 novembre 1702.

Mais il paroit qu'il faut se décider en faveur des créanciers opposans contre les non-opposans. Cette déclaration est ici

sans application ; elle est fondée sur ce qu'on présume que les actes passés dans le temps de la faillite, à commencer de dix jours avant, sont faits en fraude des autres créanciers, ou que le créancier qui a fait rendre quelque sentence ou passé des actes avec le débiteur dans ce terme de dix jours, y a été porté par la connoissance particulière qu'il avoit de la faillite prochaine ; or, on ne peut pas supposer de pareilles dispositions de la part du créancier qui forme opposition dans le temps de la faillite ; il est averti par l'affiche du contrat, il doit supposer que les autres créanciers le sont aussi. Son opposition est un acte purement conservatoire qu'un créancier peut faire en tout temps ; elle lui donne sur le prix un droit exclusif à ceux qui n'ont pas formé opposition ; on peut lui appliquer cette maxime *vigilantibus jura subveniunt*, et les autres créanciers ont à s'imputer leur négligence.

Lacombe, *v° Hyp.*, *sec.* 2, *n°* 4 *et* 8. } 4. Ecriture privée emporte hypoteque du jour de la reconnoissance, tant pour le principal, que pour les interêts à écheoir, Ar. 17 Février 1588. le Pr. en ses Ar. ou du jour de la Sentence par défaut portant reconnoissance, Ordonnance 1539. art. 92. ou du jour de la dénégation et contestation, si ensuite la cedule est prouvée, art. 93.

Mais reconnoissance pardevant le Juge d'Eglise, n'emporte hypoteque, Chop. sur Paris, *lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 20. Louet H. 15. ni pardevant un Sécretaire du Roi.

Nota, la mort du débiteur rend l'état de sa succession certain entre ses créanciers ; ainsi quoique depuis son décès quelqu'un de ses créanciers chirographaires ait fait reconnoître son billet avec le Curateur à la succession vacante, même avec l'heritier ; cela ne lui donne aucune préference, ni hypoteque sur les biens du défunt, Main. tom. 1, liv. 1. ch. 42. le Br. des succ. liv. 4. ch. 2. sect. 1. n. 12. Ar. 23 Août 1737. Ar. et Regl. not. ch. 15.

En Normandie toute obligation a hypoteque du jour du

décès de l'obligé, quoiqu'elle ne soit reconnuë ni contrôlée, Réglement de 1666. art. 125. *v.* Basn. des hyp. ch. 12. *in fin.*

8. Quant aux obligations conditionnelles, l'hypoteque du jour de l'obligation ne se peut acquerir qu'en vertu d'une obligation dont la force et exécution ne dépendent pas de la volonté du créancier ou du débiteur, *l.* 9. §. 1. *l.* 11. *qui pot. in pign. l.* 4. *quæ res pign. vel hyp. dat.*

Ainsi il n'y a que les conditions casuelles qui ayent effet rétroactif, *dict. l.* 11. Basn. ch. 11. et quand celui qui promet, ne peut s'exemter d'exécuter, et que le débiteur ne se peut retracter, l'hypoteque a lieu du jour de l'obligation, *l.* 9. *qui pot. in pign.* Basn. *eod.*

Tempus contractæ obligationis spectandum, non autem tempus solutionis, seu numerationis, quando non est in potestate debitoris pecuniam non accipere, Morn. *ad l.* 1. *qui pot. in pign. vel. hyp.*

---

* 2 *Low. C. Jurist, p.* 253-4. } Held.—That a *hypothèque* given by an insolvent in favor of one creditor confers no privilege in favor of the latter as regards contemporaneous chirographary creditors.

The opposant Wood contesting the collocation in favor of Jane Wilson, who claimed a *hypothèque* alleged among other things and proved, that at the date of the obligation creating the *hypothèque*, the 25th April, 1855, the debtor Wilson, who created it, was insolvent and unable to pay his debts, which far exceeded his assets, the debt due Wood being among these.

The Court maintained the contestation in the following words :

" Considering that the said opposant David R. Wood, in his contestation of the order of distribution of the proceeds of the real estate of the said John Wilson now before the Court for distribution of the claim of the said Jane Wilson, to be collocated for the amount claimed in and by her said opposition by privilege of mortgage (hypothèque), in preference to the said David R. Wood contesting, hath fully established by legal and sufficient evidence that at the time

of the execution of the said deed of obligation by the said John Wilson in favor of the said Jane Wilson, and bearing date the 25th April, 1855, that he the said John Wilson was in a state of bankruptcy and insolvency, *en état de déconfiture*, and that by reason thereof and by law the said John Wilson could not grant, and the said Jane Wilson could not acquire, any privilege hypothèque in preference to other creditors of the said John Wilson, so as to prevent his estate from being equally divided and distributed among the creditors of the said John Wilson ; the Court doth maintain the contestation of the said David R. Wood, with costs ; and doth order and adjudge that the judgment of distribution in this cause produced and fyled by the said Prothonotary be reformed and set aside in this that the said David R. Wood and the other creditors be collocated *au marc la livre* to the amount of their respective claims on the proceeds to be distributed under the said judgment of distribution, and doth condemn the said Jane Wilson to pay the costs."

Sts. Ref. B. C., ch. 37, *s.* 7. } L'enregistrement des hypothèques, et des droits et réclamations hypothécaires, fait dans les dix jours qui précèderont la banqueroute du débiteur, ne donnera aucun droit de priorité au créancier qui aura enregistré sa créance, sur les autres créanciers, et ne produira aucun effet quelconque. 4 V. c. 30, s. 18.

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

2024. Les seuls droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sous les restrictions ci-après sont énoncés dans

SECTION II.

OF LEGAL HYPOTHEC

2024. The only rights and claims to which legal hypothec is attached, under the restrictions hereinafter mentioned, are de-

les paragraphes un, deux, trois et quatre de cette section.

clared in paragraphs one, two, three and four of this section.

Voy. *S. R. B. C.*, ch. 37, s. 46, cité sur art. 2025.

2025. L'hypothèque légale peut affecter tous les immeubles ou être limitée à quelques uns seulement.

2025. Legal hypothec either affects all the immoveables generally, or is limited to some of them only.

* *S. R. B. C., ch.* 37, ss. 45 *et* 46. } *Les hypothèques conventionnelles doivent être spéciales, et pour un montant fixe et certain.*

45. Nulle hypothèque générale ne sera validement stipulée ni n'a été ni ne sera créée par ou en vertu d'un titre, contrat ou obligation par écrit, fait et passé après le trente-et-unième jour de décembre, mil huit cent quarante-et-un :

2. Nulle hypothèque, charge ou servitude conventionnelle ne sera créée, établie ou acquise sur un immeuble par et en vertu d'un titre, contrat, ou obligation par écrit, ou acte fait et passé après le dit jour, à moins que tel immeuble qui doit être ainsi affecté, hypothéqué ou grevé par tel titre, contrat ou obligation par écrit n'y soit spécialement désigné, ni à moins que la somme qui doit être assurée par telle hypothèque, charge ou servitude, n'y soit également spécifiée, et nulle telle hypothèque ne sera dorénavant créée ou établie pour aucune autre fin quelconque que celle d'assurer le paiement d'une somme d'argent spécialement désignée comme susdit ; 4 V. c. 30, s. 28.

3. Mais l'enregistrement des donations entrevifs faites à la charge de rentes viagères payables en nature et appréciables

en argent, ou de toutes espèces de charges et obligations appréciables en argent, aura l'effet de conserver aux intéressés tous droits d'hypothèque, priviléges et autres droits, jusqu'à concurrence d'une somme équivalente aux dites rentes viagères, charges et obligations appréciables en argent, stipulées dans les dites donations, de la même manière que si les dites rentes viagères, charges et obligations étaient appréciées en argent dans les dites donations, à leur pleine valeur. **16 V.** c. 206, s. 7.

Limitation des hypothèques légales ou tacites et renouvellement de l'enregistrement.

46. Nulle hypothèque légale ou tacite ne sera, pour quelque cause que ce soit, constituée ou ne subsistera sur des immeubles, excepté dans les cas suivants, savoir :

Sur les immeubles des hommes mariés, en faveur et à l'égard de leurs femmes, pour assurer la restitution et le paiement de toutes dots, réclamations et demandes auxquelles elles peuvent prétendre contre leurs maris, pour ou à raison de toute succession ou héritage qui pourra échoir et accroître aux dites femmes mariées, et de toute donation à elles faite durant leur mariage, et l'hypothèque datera des époques respectives auxquelles viendra à échoir ou accroître telle succession ou héritage, ou de la mise à exécution de telle donation ;

Sur les immeubles des tuteurs ou gardiens de mineurs et curateurs à des personnes interdites, en faveur et à l'égard de tels mineurs et personnes interdites, comme sûreté pour la due administration de tels tuteurs et curateurs et le paiement de toutes sommes d'argent par eux dues à la fin de leur administration ;

Sur les terres et immeubles des personnes qui auraient contracté des dettes ou obligations envers la couronne, pour et à l'égard desquelles une hypothèque est accordée par les lois du Bas Canada. **4 V. c. 30, s. 29.**

[ARTICLE 2025.]

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypoth.*, *n*° 26 *et s.* } 26. La loi seule, en certains cas, donne une hypothèque au créancier sur les biens du débiteur, quoique l'obligation du débiteur ne soit portée par aucun acte devant notaire, ni qu'il soit intervenu aucun jugement de condamnation contre lui. Cette hypothèque est appelée *tacite*, parce que la loi seule la produit sans aucun titre.

Telle est : 1° l'hypothèque que la loi donne à la femme, sur les biens de son mari, du jour de la célébration de son mariage, pour la restitution de sa dot, lorsqu'il n'y a point de contrat. *Leg. unic.* Cod. 9 *de Rei uxor. act.*

2° Telle est celle que la loi donne aux mineurs pour le reliquat du compte de leur tutelle, sur les biens de leur tuteur, du jour qu'a commencé la tutelle.

3° La loi donne une pareille hypothèque sur les biens de tous les autres administrateurs, tels que sont les administrateurs d'hôpitaux, fabriciers, curateurs d'interdits, syndics de communautés, du jour qu'a commencé leur administration.

27. Un titulaire de bénéfice est regardé comme administrateur des biens de son bénéfice ; c'est pourquoi s'il y fait des dégradations par sa faute, tous les biens de son patrimoine sont hypothéqués envers son bénéfice, du jour de sa prise de possession, pour les dommages et intérêts résultant desdites dégradations.

Quand même les administrateurs des biens des mineurs, d'Eglise, de communauté ou de chose publique, n'auraient pas eu une vraie qualité pour les administrer, et qu'ils se seraient portés pour tuteurs et administrateurs sans l'être véritablement, l'hypothèque ne laisserait pas d'avoir lieu sur leurs biens, du jour qu'ils auraient commencé de s'ingérer dans leur administration ; ces faux administrateurs ne devant pas être de meilleure condition que les véritables. (1)

(1) Malgré la raison très plausible que donne Pothier, sa décision, encore bien qu'elle ait été adoptée par des arrêts récents, ne nous paraît pas admissible. Il n'y a d'hypothèque que dans les cas prévus par la loi (*V.* art. 2115, C. civ.) Or, celui qui n'est pas tuteur, ou légalement administrateur comptable, n'est pas dans le cas prévu par la loi. (Bugnet).

28. Suivant ces principes, les biens du beau-père, qui ne fait point pourvoir de tuteur les enfants du premier lit de sa femme, qui a perdu la tutelle en se remariant, sont hypothéqués, du jour de son mariage, aux dommages et intérêts desdits enfants et au compte de l'administration de leurs biens, quoiqu'il n'eût aucune qualité pour les administrer. (1)

29. Ce droit d'hypothèque tacite sur les biens des tuteurs ou pro-tuteurs des mineurs, curateurs d'interdits, fabriciers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communautés, ne doit pas s'étendre aux simples receveurs fondés de pouvoir, et intendants d'affaires des particuliers, sur les biens desquels les personnes dont ils ont géré les affaires, ne peuvent prétendre hypothèque que du jour des actes par-devant notaires, par lesquels ils ont contracté quelque obligation envers elles, ou, s'il n'y en a point, du jour des jugements de condamnation obtenus contre eux.

30. Observez aussi que, quoique les biens des tuteurs et autres semblables administrateurs soient hypothéqués du jour que leur administration a commencé, lorsqu'ils sont débiteurs, ils ne peuvent pas, lorsqu'ils sont créanciers, prétendre une semblable hypothèque sur les biens de ceux dont ils ont été les administrateurs ; ils ne l'ont que du jour de la clôture de leur compte. (2)

31. La jurisprudence accorde aussi aux substitués une hypothèque tacite sur les biens des grevés de substitution, pour les dégradations qu'ils ont faites sur les biens substitués, du jour qu'ont été faites lesdites dégradations, et pareillement pour les sommes de deniers sujettes à substitution qu'ils ont reçues, du jour qu'ils les ont reçus. (3)

32. Les lois donnent aussi une hypothèque tacite au fisc sur les biens de ces débiteurs. *Fiscus semper habet jus pignoris.*

(1) Le Code (*V.* art. 395, C. civ., 2e aliéna) déclare le second mari *solidairement responsable,* mais il est muet quant à l'hypothèque. (BUGNET.)

(2) Ils ne pourraient avoir d'hypothèques qu'en vertu d'un jugement, ou légalement constituées par une convention. (BUGNET.)

(3) Le Code n'a point consacré cette jurisprudence. (BUGNET.)

L. 46, § 3, ff. *de Jur. fisci. Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona obligari quamvis id non exprimatur* (1). *L.* 2, Cod. *in quib. caus. pig.*

Le fisc n'a néanmoins ce droit d'hypothèque tacite que lorsqu'il est créancier de son chef ; que si le fisc a succédé aux créanciers de quelque particulier, *putà* par droit d'aubaine ou de confiscation, il ne peut avoir plus de droit qu'en avait ce particulier. L. 25, ff. *de Pig. et hypoth.*

Voy. *Pothier*, cité sur art. 2019.

2026. L'hypothèque légale n'affecte que les immeubles appartenant au débiteur et décrits dans un avis qui en requiert l'enregistrement, tel que prescrit au titre : *De l'Enregistrement des Droits Réels.*

2026. Legal hypothec affects such immoveables only as belong to the debtor and are described in a notice filed and registered, as prescribed in the title *Of Registration of Real Rights.*

Voy. *Sts. R. B. C.*, cités sur art. 2025.

---

* *Sts. Ref. B. C.*, *ch.* 37, *s.* 48. } Nulle hypothèque, générale, légale ou tacite, créée par un jugement rendu, ou aucun instrument ou document exécuté ou toute nomination faite, ou tout acte ou chose faite, survenue ou enregistrée après le premier jour de septembre, 1860, dans aucun des cas dans lesquels seulement telle hypothèque est permise

(1) *V.* Loi du 5 sept. 1807, qui établit un privilége en faveur du trésor. (BUGNET.)

par les deux sections immédiatement précédentes, — ne grèvera ni n'affectera aucun immeuble, à moins et jusqu'à ce qu'avis ait été déposé dans le bureau du régistrateur du comté ou de la division d'enregistrement où est situé l'immeuble, spécifiant et décrivant d'une manière suffisante tel immeuble et exposant qu'il est en la possession de la partie contre laquelle telle hypothèque est enregistrée, comme lui appartenant :

2. Tel avis pourra être déposé soit lors de l'enregistrement ou après l'enregistrement de telle hypothèque légale ou tacite, et pourra être sous la formule O dans la cédule annexée au présent acte, ou sous toute autre formule ayant le même effet, et pourra être donné par la partie en faveur de qui l'hypothèque existe, ou par son procureur ou représentant légal, ou si cette partie se trouve être la couronne, alors par aucune personne remplissant une charge sous la couronne,— ou si telle partie est une femme mariée ou un mineur ou interdit, alors par le mari, le curateur, le tuteur ou subrogé-tuteur de chaque partie, ou à leur défaut de ce faire, par aucun parent ou ami de telle partie ;

3. Tout avis ainsi déposé sera enregistré au long dans un livre tenu pour cela par le régistrateur, et le volume dans lequel et la page sur laquelle il sera ainsi enregistré seront indiqués sur la marge de l'enregistrement originaire de l'hypothèque ;

4. Dans tout tel avis, si l'instrument ou document, par lequel l'hypothèque est créée, est enregistré dans le même comté ou la même division d'enregistrement, ou y est enregistré quand l'avis est donné, il suffira d'en faire mention distinctement, et de manière à ce qu'il puisse être clairement identifié, sans l'écrire au long ;

5. L'hypothèque spéciale, dont est grevé l'immeuble mentionné dans tel avis, ne sera en aucun cas censée subsister ni prendre rang d'existence avant le dépôt de l'avis dans le bureau du régistrateur qu'il appartient, et si c'est l'immeuble d'un homme marié qui en est grevé pour la garantie de la

restitution et du paiement de toute dot, réclamation ou demande à laquelle l'épouse peut prétendre contre son mari, elle ne sera pas, à raison de tel avis, censée subsister ou exister avant l'époque prescrite en pareil cas par la section quarante-six du présent acte ; et si l'hypothèque a été créée par un jugement, acte ou procédure judiciaire, elle n'affectera pas non plus aucun immeuble sur lequel elle ne peut être constituée en vertu de la quarante-septième section. 23 V. c. 59, s. 19.

2027. Le créancier qui a acquis une hypothèque légale avant le trente-et-unième jour de Décembre, mil huit cent quarante-et-un, peut néanmoins l'exercer sur tous les biens immeubles possédés par le débiteur au temps de l'acquisition de cette hypothèque ou depuis.

2027. Creditors who acquired a legal hypothec before the thirty-first day of December, one thousand eight hundred and forty-one, may nevertheless exercise it upon all the immoveable property held by the debtor at or since the time of the acquisition of such hypothec.

2028. Les hypothèques légales antérieures au premier jour de Septembre, mil huit cent soixante, sont réglées par les lois en force lors de leur création.

2028. Legal hypothecs anterior to the first day of September, one thousand eight hundred and sixty, are governed by the laws in force when they were created.

[ARTICLE 2029.]

§ 1. *Hypothèque légale des femmes mariées.*

2029. La femme a hypothèque légale pour toutes réclamations et demandes qu'elle peut avoir contre son mari à raison de ce qu'elle a pu recevoir ou acquérir pendant le mariage par succession, héritage ou donation.

§ 1. *Legal hypothec of married women.*

2029. Married women have a legal hypothec for all claims or demands which they may have against their husbands on account of whatever they may have received or acquired during marriage by succession, inheritance or gift.

---

* *C. N.* 2121, 2135. } 2121. Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont,

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari ;

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ;

Ceux de l'Etat, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

2135. L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription,

1° Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle ;

2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elles faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet.

Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a

contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre.

Voy. *S. R. B. C.*, ch. 37, s. 46, cité sur art. 2025 ; sec. 48, citée sur art. 2026, et *Pothier*, cité sur art. 2025.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. au tit.* 20 *Cout. d'Orléans*, *n°* 18. } Il y a de certaines créances pour lesquelles la loi accorde hypothèque au créancier, qui n'a pas besoin par conséquent pour l'acquérir d'acte notarié, ni de jugement.— Telle est, 1° la créance de la femme contre son mari pour la restitution de sa dot, pour laquelle elle a hypothèque du jour de la célébration du mariage, quoiqu'il n'y ait pas de contrat.—Telle est, 2° celle des mineurs, des interdits, etc., pour le compte qui leur est dû, pour laquelle ils ont hypothèque sur le bien de leurs tuteurs et curateurs, du jour qu'a commencé la tutelle ou curatelle (1) ; L. 20, Cod. *de Adm. tut.*— Ils ont un pareil droit d'hypothèque sur les biens de leurs *protuteurs*, c'est-à-dire de ceux qui, sans avoir une véritable qualité de tuteurs, se sont néanmoins portés pour tuteurs, et ont en conséquence administrés les biens des mineurs ; L. 1, § 1er, ff. *de Eo qui pro tut.;* et cette hypothèque a lieu du jour qu'a commencé leur administration. C'est en conséquence de ce principe que les mineurs, dont la mère a perdu la tutelle en passant à de secondes noces, acquièrent hypothèque sur les biens de leur beau-père, qui, quoique sans qualité, a continué l'administration de la tutelle, ou a négligé de les faire pourvoir de tuteur (2). — Ce droit d'hypothèque

(1) Elles existent indépendamment de l'inscription. (Bugnet).

(2) Notre Code appelle *protuteur* un tuteur chargé de l'administration des biens situés ou sur le continent, ou dans les colonies. Ce *protuteur* est véritablement un administrateur des biens d'un mineur ; l'hyopthèque

sur les biens des tuteurs et curateurs a été étendu à tous ceux qui ont quelque administration publique, tels que sont des échevins, des fabriciers, des administrateurs d'hôpitaux, syndics de communautés, etc., la loi donne une hypothèque sur leurs biens pour le compte qu'ils doivent, du jour qu'ils ont commencé d'être chargés de l'administration, c'est-à-dire du jour qu'ils l'ont acceptée, ou qu'ils ont été en demeure de l'accepter.—Les titulaires de bénéfices sont comme des administrateurs des biens de leurs bénéfices, et leurs biens sont hypothéqués, du jour de leur prise de possession, à l'obligation qu'ils contractent d'entretenir lesdits biens en bons pères de famille. — Cette hypothèque légale ne s'étend pas aux simples receveurs, intendants et agents des affaires des particuliers. — 3° L'Ordonnance des substitutions (tit. 2, art. 17) accorde une hypothèque sur les biens des grevés de substitutions, pour la restitution des sommes sujettes à la substitution, du jour qu'ils ont recueilli les biens sujets à la substitution (1).—4° Enfin la loi accorde une hypothèque au fisc sur les biens de ses débiteurs, du jour de leur obliga-

légale doit avoir lieu : mais celui qui, sans qualité de droit, se porterait comme tuteur, et administrerait les biens du mineur, ne pourrait être frappé de l'hypothèque légale, le principe et la cause de cette hypothèque manquant absolument, c'est-à-dire la qualité de tuteur ne se trouvant ni quant à la personne, ni quant aux biens.

Le Code, art. 395, déclare le nouveau mari solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle induement conservée ; mais cela suffit-il pour frapper d'hypothèque les immeubles de ce nouveau mari ? Nous ne le croyons pas : on peut être débiteur, même solidairement, sans qu'il y ait pour cela d'hypothèque. Cette garantie, toute exceptionnelle, n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi : or, la loi n'a pas accordé l'hypothèque à toute créance du mineur, contre tout débiteur, mais elle a dit restrictivement : " Les droits et créances auxquels " l'hypothèque légale est attribuée sont ceux des mineurs sur les biens " de leur tuteur." (Art. 2121.) (BUGNET).

(1) Le Code n'a point renouvelé les dispositions de l'ordonnance au sujet de cette hypothèque. (BUGNET).

tion (1) ; L. 46, § 3, ff. *de Jure fisci;* L. 2, Cod. *in quib. caus. pign. tacitè contr.*—Elle n'a lieu que pour les créances qu'il a de son chef, et non pour celles auxquelles il a succédé à des particuliers, pour lesquelles il n'a d'autres droits que ceux de la personne à qui il a succédé ; L. 25, *de pign. et hyp.*

---

* 1 *Ferrière*, *Dict.de droit v° Hyp.*, *p.* 899. } La femme a hypotheque tacite sur les biens de son mari, pour ses conventions matrimoniales du jour du contrat de mariage, *Leg. un.* §. 1, *Cod. de rei uxor. act.*

A l'égard des sommes, pour lesquelles elle s'est obligée, pour et avec son mari, *voyez* ce que j'ai dit sur l'article 237. de la Coutume de Paris. Pour ce qui est du privilege, qu'a la femme par le Droit Romain, d'être pour la répetition de sa dot, préférée à tous les autres créanciers hypotequaires, qui ont contracté avec le mari, avant son mariage, *voyez* ce que j'en ai dit ci-dessus, page 633.

Lahaie, sur art. 2121, *C. N.* } Quant aux hypothèques légales des femmes, voir Tissier, de la dot, t. 2, p. 282 à 358, très bon traité.

Persil, Régime hypothécaire, 2e édit., t. 1, p. 268 : *id.*, p. 186.

Delvincourt, t. 2, 3e édit., p. 654, dit que l'hypothèque de la femme ne frappe point sur les acquêts de la communauté, vendus *même* pendant le mariage.

Merlin, R. v. transcription, § 5, n° 5.

Persil, Régime hypothécaire, 2e édit., t. 1, p. 425.

(1) *V.* la loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables ; — Loi du 5 septembre 1807, relative au mode de recouvrement des frais de justice au profit du trésor public, en matière criminelle, correctionnelle et de police ; — Loi du 12 novembre 1808, concernant le privilége du trésor public pour le recouvrement des contributions directes. (Bugnet).

(Voyez Treilhard, exposé des motifs au Corps législatif, 14 mars 1804.)

Hua.— De leur tuteur. Mais seulemènt pour raison de la tutelle. Il n'y aurait point de motif pour étendre cette exception à des dettes précédant de titres indépendans de cette administration. (Art. 2135.)

(Voir loi du 15 pluviôse an 13 : avis du Conseil d'Etat, 16 thermidor an 12, 24 mars 1812, 29 octobre 1811 ; loi du 5 septembre 1807, et article 155 du décret du 15 novembre 1811.)

Pandectes françaises.—L'hypothèque de la femme doit frapper les conquêts de communauté ; car ces immeubles appartiennent au mari, pour moitié, si la femme accepte · pour le tout, si elle renonce.

Persil, Régime hypothécaire.—L'hypothèque légale des femmes résulte de la célébration du mariage ; elle existe encore qu'aucune convention, qu'aucun contrat ne l'ait précédée. Mais pour que cette hypothèque ait quelque effet, il faut que le mariage soit légitimement célébré. Peu importe le lieu où l'on a procédé à sa célébration, et le mariage, fût-il contracté en pays étranger, pourvu qu'il l'eût été légalement, il engendrerait toujours l'hypothèque.

Lorsque le mari a échangé un de ses immeubles contre un autre, l'hypothèque légale de sa femme frappe tout à la fois l'immeuble dont il s'est dépouillé et celui qu'il a reçu.

Les biens des curateurs ne sont pas assujétis à l'hypothèque légale. Ils n'administrent jamais ; leur unique fonction est de surveiller l'administration des mineurs.—Par la même raison, les conseils judiciaires nommés aux prodigues ne sont pas non plus assujétis à cette hypothèque.—Mais les protecteurs ou cotuteurs ont des fonctions qui les assimilent tellement aux tuteurs, qu'on doit les confondre en tout. (Grenier, hypothèques, n. 274 et 275 ; Merlin, R., v. hypothèques, sect. 2, § 3, art. 4, n. 2.)

Le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur officieux, pour l'administration de sa personne et de

ses biens, mais non pour l'indemnité à laquelle ce tuteur pourrait être condamné, en cas de refus d'adoption.

Rolland de Villargues, v. hypothèques, n. 377.— L'hypothèque légale doit être restreinte aux cas prévus par la loi.

En effet, outre qu'elle ne doit son existence qu'à la loi, elle ne présente, du moins quant à la manière dont elle se conserve, qu'une *exception* à la règle de la publicité ; règle qui forme aujourd'hui l'une des bases essentielles de la législation, et dont l'intérêt des tiers exige essentiellement le maintien. (Grenier, n. 224, 273 et suiv.)

Battur, Traité des hypothèques, n. 350. — L'hypothèque légale est un contre-poids qui sert à balancer les effets de la puissance maritale et de la sujétion de la femme : c'est une puissance de fait qui est opposée par la loi à cette puissance de droit dont le mari est revêtu, pour mettre obstacle à l'abus qu'il en pourrait faire. C'est donc en un mot une compensation de ce qu'il y aurait d'inégal dans le sort des deux époux, et un tempérament apporté par la loi à l'autorité qu'elle donne au mari ; tempérament qui, comme la puissance maritale, est de droit public, et ne peut être détaché de cette puissance maritale dont il est le correctif.

N. 358.—Toutes les créances que la femme a sur son mari au moment de l'accomplissement du mariage, toutes celles qu'elle pourra acquérir sur lui jusqu'à la dissolution de mariage, sont investies du droit de l'hypothèque légale. Il n'y a aucune distinction à faire entre ces créances, ni à raison de leurs causes, ni a raison des formes du titre constitutif, ni à raison de leur date, ni à raison du régime sous lequel les époux sont mariés.

---

§. 2. *Hypothèque légale des mineurs et des interdits.*

2030. L'hypothèque légale a lieu en faveur des

§ 2. *Legal hypothec of minors and interdicted persons.*

2030. Minors and interdicted persons have a

mineurs ou des personnes interdites sur les immeubles de leurs tuteurs ou curateurs pour le reliquat du compte de tutelle ou de curatelle.

legal hypothec upon the immoveables of their tutors or curators for the balance of the tutorship or curatorship account.

Voy. *C. N.* 2121, cité sur art. 2029 et *Sts. R. B. C.*, ch. 37, sur art. 2025.

2031. Cette hypothèque n'a lieu que pour les tutelles et curatelles conférées dans le Bas Canada.

2031. This hypothec takes place only in the case of tutorships or curatorships conferred in Lower Canada.

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 249-265, et *Pothier*, cité sur art. 2029.

---

* *Nouv. Denisard*, v° *Hypoth.* § *III*, *s.* 1, *p.* 749. } On distingue deux especes d'hypotheque légale.

La premiere est la suite de toute condamnation prononcée en justice.

La seconde est accordée par la loi à certaines créances, sans que le créancier ait besoin d'obtenir de jugement pour l'acquérir.

Nous allons parler d'abord de l'hypotheque de cette seconde sorte, en distinguant les différentes classes de créances auxquelles la loi accorde hypotheque.

Premiere classe. Créance des *mineurs*, et des personnes qui sont reputées tels, contre ceux qui ont géré leurs biens, pour des objets relatifs à l'administration de ces biens.

L'hypotheque du mineur pour le compte qui lui est dû

par son tuteur ou son curateur, remonte au jour où a commencé la tutelle ou la curatelle.

Le même droit d'hypotheque a lieu sur les biens de tous ceux qui ont eu quelqu'administration publique ; échevins, marguilliers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communauté. La loi donne une hypotheque sur leurs biens, pour le compte qu'ils doivent, du jour qu'ils ont commencé à être chargés de l'administration, c'est-à-dire, du jour qu'ils l'ont acceptée, ou qu'ils ont été en demeure de l'accepter.

Les titulaires de bénéfices ecclésiastiques sont considérés comme des administrateurs des biens de leurs bénéfices. En conséquence leurs biens sont hypothéqués du jour de leur prise de possession, à l'obligation qu'ils contractent d'entretenir les biens en bons peres de familles.

Cette hypotheque légale ne s'étend pas aux simples receveurs, intendans et agens des affaires des particuliers. Mais elle s'étend sur les biens de tous les *comptables* des deniers publics ; et ceux-ci ont une hypotheque semblable sur les biens de leurs commis.

On peut ranger dans la même classe l'hypotheque que la loi accorde à la *femme* sur les biens de son mari pour la restitution de sa dot, à compter du jour du mariage, dans le cas où il n'y a pas eu de contrat de mariage.

Voyez au mot *Dot*, § *XIX et suiv. tome* 7, *pag.* 137, ce qui a été dit sur l'hypotheque de la dot. Voyez aussi les mots *Indemnité*, *Emploi*, et *Ordre*.

---

1 *Ferrière, Dict. de droit, v° Hyp.*, *p.* 899. } Les mineurs ont une hypoteque tacite sur les biens de leur tuteurs ou curateurs, pour le reliquat de compte, du jour de l'acte de tutelle, ou curatelle *Leg. penult. Cod. in quib. caus. pign. vel hypot. tacit. contrahit. Leg. pro socio ff. de administ. tutor. et Leg. si plures ff. rem pupil. salub for.* Bouvot, tom. 2. *verbo*, Hypoteque et discussion, quest. 17. et tom. 1, part. 1. *verbo*, Hypoteque, quest. 1.

[ARTICLE 2032.]

Cette hypoteque des mineurs sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, est continuée même pour ce qui a été geré après la majorité, jusqu'à la clôture du compte, Article 78. des Arrêtez.

Les biens du tuteur honoraire leur sont aussi tacitement obligez, au cas qu'il gere et administre lui-même ; mais je crois, que ce n'est que du jour qu'il a commencé la gestion. La raison est, que ce tuteur n'est pas donné pour gerer lui-même, mais pour veiller à la gestion du tuteur ; ainsi c'est un extraordinaire, quand il s'en mêle. C'est pourquoi ses biens ne peuvent être obligez que du jour qu'il a commencé à s'obliger envers ses mineurs, qui est le jour que sa gestion a commencé.

Mais le tuteur ou curateur n'a hypoteque sur les biens du mineur, pour ses avances, que du jour de la clôture du compte. Le Peyrere, lettre H. nombre 63. Carondas livre 6. Rep. 75. Brodeau sur Louët, lettre H. sommaire 23.

La raison de la différence est, que les biens des mineurs ne peuvent être alienez ou hypotequez *absque decreto Magistratus. toto tit. ff. de reb. eorum, et toto tit. Cod. de præd. minor.*

D'ailleurs l'hypoteque des mineurs est fondée sur un privilege, qui leur est spécialement accordé, parce que leurs biens sont sous la protection des Loix et des Magistrats : or les privileges ne reçoivent point d'extension.

---

§. 3. *Hypothèque légale de la Couronne.*

2032. L'hypothèque légale de la Couronne, dans les cas où elle existe, est, comme l'hypothèque légale en général, sujette aux dispositions préliminaires de cette section.

§ 3. *Legal hypothec of the crown.*

2032. The legal hypothec of the crown in cases where it exists, is, like legal hypothec in general, subject to the preliminary provisions of this section.

[ARTICLE 2032.]

Voy. *C. N.* 2121, cité sur art. 2029, *S. R. B. C.*, ch. 37, s. 46, cité sur art. 2025 et *Pothier*, cité sur art. 2029.

---

* *ff. Qui potiores, liv.* 20, *tit.* 4, *L.* 8. } Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est præferri eam fisco debere, si posteà fisco debitor obligatus est : quia et privati præferuntur. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } Si une république a reçu spécialement une chose en gage, elle doit être préférée au fisc à qui les biens de son débiteur auroient été obligés depuis : car les simples particuliers seroient en ce cas préférés au fisc. (ULPIEN).

---

* *ff. De jure fisci, liv.* 49, *tit.* 14, *L.* 28. } Si qui mihi obligaverat, *quæ habet, habiturusque esset*, cum fisco contraxerit, sciendum est in re posteà adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse : quod et constitutum est. Prævenit enim causam pignoris fiscus. (ULPIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Berthelot. } Si celui qui m'avoit obligé ses biens présens et à venir, contracte ensuite avec le fisc, il faut savoir que dans les choses qu'il a acquises depuis, le fisc a la préférence, ce qu'a répondu Papinien, ce que les constitutions ont décidé : car le droit du fisc a prévenu la cause du gage. (ULPIEN).

---

* *ff. De rebus auctoritate, Liv.* 42, *tit.* 5, *L.* 38. } Bonis venditis excipiuntur concubina et liberi naturales.

§ 1. Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus præfertur. (PAULUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } On ne vend point avec les autres biens d'un débiteur sa concubine et ses enfans naturels.

§ 1. Une république est préférée pour ses créances à tout autre créancier chyrographaire. (PAUL).

* *Sts. Ref. B. C., ch. 37, s. 115.* } Le présent acte,—sujet aux dispositions spéciales ci-dessus prescrites—, oblige la couronne ; et si un sommaire est enregistré pour et au nom de la couronne, ce sommaire pourra être fait et présenté par le receveur général, ou par toute autre personne tenant une charge de la couronne en cette province, et ayant en sa garde ou entre ses mains le titre, acte, testament, obligation notariée, jugement, instrument ou écrit, ou copie officielle ou notariée d'icelui, ou vérification du testament dont un sommaire doit être enregistré :

2. Et tout sommaire présenté pour la couronne désignera le nom, l'emploi et le domicile de la personne par qui est fait le dit sommaire, le nom, le domicile et les qualités de la personne à l'encontre de qui le sommaire doit être enregistré, la date et la nature du titre, transport, acte, document ou garantie par écrit auquel ce sommaire se rapporte, et la nature (et le montant, si le montant est constaté) de la dette, droit, réclamation, demande ou engagement pour et à l'égard desquels tel sommaire doit être enregistré. 4 V. c. 30, s. 52.

---

* *Bosquet, Dict., des droits Dom., v° Préférence, p. 147.* } PRÉFÉRENCE *du Roi et de ses fermiers, sur les biens meubles et immeubles des comptables et autres débiteurs de deniers roïaux.*

L'article 1er de l'édit du mois d'Août 1669, porte que le Roi aura la préférence aux créanciers des officiers comptables, fermiers généraux ou particuliers, et autres aïant le maniment de ses deniers, qui lui seront redevables, tant sur les deniers comptans, que sur ceux qui proviendront de la vente des meubles et éfets mobiliaires sur eux saisis, sans concurrence ni contribution avec les autres créanciers, nonobstant toutes saisies précédentes; à l'exception néanmoins des frais funéraires, de justice et autres privilégiés : des droits du marchand qui réclame sa marchandise dans les délais de la coûtume, et du propriétaire des maisons des

villes, sur les meubles qui s'y trouveront, pour six mois de loïer ; l'article 2 conserve la même préférence sur le prix des ofices comptables et droits y annexés ; par l'article 3, le Roi entend être préféré sur le prix des immeubles acquis depuis le maniment de ses deniers, néanmoins, après le vendeur et celui de qui les deniers auront été emploïés à l'acquisition, pourvû qu'il en soit fait mention sur la minute et sur l'expédition du contrat ; ce qui sera exécuté, nonobstant toutes coûtumes et usages contraires, auxquels il est dérogé. A l'égard des immeubles acquis auparavant, le Roi a seulement hipotéque, du jour des provisions des ofices, des baux des fermes, des traités ou des commissions. Il est ordonné, par l'article 5, que ce qui est règlé par les articles précédens, aura lieu nonobstant les opositions et actions des femmes séparées de leurs maris, tant à l'égard des meubles trouvés dans la maison du mari, qui n'auront pas appartenu à la femme avant le mariage, que sur le prix des immeubles acquis par elle depuis la séparation, s'il n'est justifié que les deniers emploïés à l'acquisition, lui appartiennent légitimement.

---

* *Héricourt*, *Vente des imm.*, *ch. XI*, *sec.* 1, *n° XI*, *p.* 205-6. } Dans le Droit Romain le fisc avoit de grands privileges sur les biens de ses Fermiers et des Officiers comptables. On les trouve expliqués dans le titre du digeste *de jure fisci*, et dans celui du Code *de privil. fisci.* Suivant les Loix rapportées sous ces deux titres, le fisc avoit une hipoteque sur tous les biens du Fermier et du Comptable, dès le moment du titre de l'engagement ; par rapport aux biens acquis par les Fermiers et par les Comptables, depuis leur engagement, le fisc étoit préféré à tous les créanciers, quoique leur créance fût plus ancienne que celle du fisc. Le Roi a les mêmes privileges en France, suivant l'Edit du mois d'Août 1669, sur les biens des Officiers comptables, des Fermiers et des autres personnes qui ont le maniement de ses deniers. Le Roi déclare par l'article 4 de cet Edit, que

sur les immeubles des Comptables acquis avant le maniement de ses deniers, il a hipoteque du jour des provisions de l'Office comptable, des baux de ses Fermes, ou des traités et des commissions. A l'égard des immeubles acquis depuis le maniement des deniers Royaux par les Comptables, le Roi a un privilege qui ne va néanmoins qu'après celui du vendeur, et celui dont les deniers ont été employés à faire l'acquisition, pourvu qu'il en soit fait mention sur la minute, et sur l'expédition du contrat. Le Roi a même la préférence sur le vendeur, sur le prix de l'Office comptable et des droits qui y sont annexés, pour l'exercice duquel il lui est dû, pour dettes de clair, de quittance et de supercessions converties en radiation, ou pour quelqu'autre dette que ce soit qui procede de l'exercice.

---

* 13 *Guyot*, *Rép.*, *v° Privilège*, *n°* 10, *p.* 691. } Chez les Romains, le fisc avoit une hypothèque sur tous les biens des fermiers et des comptables, par le titre de leur engagement ; et sur les biens qu'ils acquéroient postérieurement à leur engagement, le fisc étoit préféré à tous les autres créanciers, quoique leurs créances fussent antérieures à la sienne. Parmi nous, l'édit du mois d'août 1669 a attribué de semblables Priviléges au roi sur les biens des officiers comptables, des fermiers et des autres personnes qui ont le maniement de ses deniers. Il est dit, par l'article 4 de cette loi, que sur les immeubles des comptables, acquis avant le maniement des deniers, sa majesté a hypothèque du jour des provisions de l'office comptable, des baux de ses fermes ou des traités et commissions : si les immeubles ont été acquis depuis le maniement des deniers royaux, le Privilége du roi est précédé par celui du vendeur et de la personne dont il conste que les deniers ont été employés à faire l'acquisition. Au reste, le roi doit être préféré au vendeur même, sur le prix de l'office comptable et des droits qui y sont annexés, lorsque la créance de sa majesté procéde de l'exercice de l'office.

* *Domat* (*Remy*), *liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 5, *n°* 19 *et s.* } 19. Tous les biens de ceux qui se trouvent obligés envers le roi, soit comme officiers comptables, ou pour des fermes, ou pour d'autres recettes et maniemens de ses deniers, sont hypothéqués pour toutes les sommes de cette nature qu'ils pourront devoir, quoiqu'il n'y en ait ni obligation expresse, ni condamnation.

La règle expliquée dans cet article ne regarde pas seulement les officiers comptables et autres obligés envers le roi, mais elle s'applique aussi à ceux qui font la levée des deniers publics dans les villes et à la campagne, comme consuls, collecteurs et autres, soit qu'ils prètent le serment en justice, ou qu'ils exercent sur leur simple nomination. V. l'art. suiv. et l'art. 23, et la remarque qu'on y a faite.

20. L'hypothèque qui est acquise au roi sur tous les biens des officiers comptables, fermiers et autres qui font les recettes de ses deniers, a son origine au moment du titre de leur engagement, comme du bail, si c'est une ferme, des provisions, si c'est un office, ou des traités et commissions.

Cette hyothèque du roi est ainsi réglée par l'art. 4 de l'édit du mois d'août 1669.

21. Les créanciers qui ont une hypothèque antérieure à celles du roi, conservent leur droit sur les biens immeubles de leurs débiteurs, et l'hypothèque du roi ne va que dans son ordre. (C. civ. 2098).

22. La règle précédente ne s'entend que des immeubles qui étaient acquis avant l'engagement envers le roi. Mais sur ceux qui ne sont acquis qu'après cet engagement, le roi est préféré aux créanciers antérieurs à son hypothèque, quoique tous les biens à venir leur fussent obligés ; et dans ce concours d'hypothèques qui commencent d'avoir leur effet au moment de la nouvelle acquisition, celle du roi prévaut. (C. civ. 2121, § 4.)

Suivant ce texte, la même chose a été ordonnée par l'article 3 de ce même édit du mois d'août 1669, mais avec l'exception de la préférence du vendeur, et de celui dont les deniers auront été employés pour l'acquisition, pourvu qu'il soit fait mention de cet emploi dans la minute et expédition du contrat. On pourrait ajouter, pour une raison de cette

préférence du roi sur les biens acquis depuis l'engagement aux recettes de ces deniers, qu'il est présumé que les deniers dont l'officier ou autre redevable se trouve débiteur envers le roi, ont été employés à ces nouvelles acquisitions, ou que le crédit que donnait cet emploi les a facilitées.

23. A l'égard des créanciers qui n'ont, ni hypothèque, ni privilége, mais une simple action personnelle, le roi a la préférence sur les immeubles, parce qu'il a toujours son hypothèque tacite sans convention ; et il a aussi la préférence sur les meubles avant les saisissans et avant tous les créanciers non privilégiés ; mais le créancier qui a sur le meuble un des priviléges expliqués dans cette section, est préféré au roi. (C. civ. 2102, § 7.)

On a ajouté dans cet article la préférence du créancier privilégié sur les meubles avant le roi, parce que cette préférence est ordonnée par l'article premier de l'édit de 1669, contraire à la disposition du droit romain, qui donnait au fisc la préférence à celui même qui avait vendu ou réparé la chose, comme Justinien la donnait aussi à la femme pour sa dot avant ces mêmes priviléges. (V. L. 34, ff. de reb. auth. jud. poss, Nov. 97, cap. 3.) A l'égard du privilége des loyers sur les meubles du locataire, cet édit n'en laisse la préférence, avant la créance du roi, que pour les six derniers mois.

Ce qui est dit dans cet article que le roi a toujours son hypothèque tacite, ne doit s'entendre que des sommes dues au roi pour les causes dont il a été parlé dans l'article 19, et non des tailles et autres impositions dont les particuliers sont redevables. Car pour ces impositions il n'y a point d'hypothèque sur les immeubles, si ce n'est dans les lieux où les tailles sont réelles ; mais seulement une préférence sur les fruits ; c'est pourquoi on n'a pas allégué sur le privilége du roi ce texte de la loi 1. (Cod. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.) Universa bona eorum, qui consentur, vice pignorum tributis obligata sunt.

---

§ 4. *Hypothèque légale des compagnies d'assurance mutuelle.*

2033. Il y a également hypothèque légale en fa-

§ 4. *Legal hypothec of mutual insurance companies.*

2033. There is likewise a legal hypothec in favor

veur des compagnies d'assurance mutuelle sur tous les biens immeubles de chaque assuré pour le recouvrement des contributions qu'il doit payer.

Elle n'est pas soumise à la restriction contenue en l'article 2026 ci-dessus, mais les conditions en sont réglées par les dispositions contenues en la section 12 du chapitre 68 des Statuts Refondus pour le Bas Canada.

of mutual insurance companies upon all the immoveables of each party insured, for the payment of the amounts which he is liable to contribute.

This hypothec is not subject to the restrictions contained in article 2026, but its conditions are regulated by the provisions contained in section 12 of chapter 68 of the Consolidated Statutes for Lower Canada.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 68, *s.* 12. } Chaque membre de toute telle compagnie paiera sa quote-part de toutes les pertes et dépenses encourues par la compagnie ; et tous les immeubles appartenant aux personnes assurées au temps de la date de la police, ou pendant son existence, seront hypothéqués envers la compagnie, à compter de la date de la police, pour le montant du billet de dépôt donné aux directeurs par la partie assurée ; et il ne sera pas nécessaire pour garantir la validité de telle hypothèque que le billet de dépôt ou la police soit enregistré dans un bureau d'enregistrement. 4 Guil. 4, c. 33, s. 9.—6 Guil. 4, c. 33, s. 7.

SECTION III.

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

2034. L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires

SECTION III.

OF JUDICIAL HYPOTHEC.

2034. Judicial hypothec results from judgments rendered by the

ou par défaut, rendus par les tribunaux du Bas-Canada et portant condamnation à payer une somme fixe de deniers. Le jugement emporte également hypothèque pour les intérêts et les frais sans qu'ils y soient liquidés, sous les restrictions contenues au titre : *De l'Enregistrement des Droits Réels.*

Elle résulte aussi de tout acte de cautionnement reçu en justice et de tout autre acte de procédure judiciaire créant l'obligation de payer une somme déterminée.

Elle est soumise aux règles contenues en l'article 2026.

courts of Lower Canada, either in contested or uncontested cases, and which order the payment of a specific sum of money. Such judgments likewise carry hypothec for interest and costs without specifying the amount thereof, subject to the restrictions contained in the title *Of Registration of Real Rights.*

It also results from any act of suretyship judicially entered into, and from any other judicial act creating an obligation to pay a specific sum of money.

It is subject to the rules contained in articles 2026.

---

* *C. N.* 2123. } L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées.

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

[ARTICLE 2034.]

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français ; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

Consultez *St. de Québec,* 36 Vict., ch. 19, s. 1.

---

* *Sts. Ref. B. C.,* *ch.* 37, *s.* 47. } Nulle hypothèque ne sera constituée ou créée en vertu d'aucun jugement, acte ou procédure judiciaire, sur les immeubles du défendeur ou débiteur contre lequel tel jugement aura été rendu, ou l'acte ou procédure judiciaire aura eu lieu, excepté ceux dont tel défendeur ou débiteur sera saisi et en possession lors du prononcé du jugement, ou de l'accomplissement et perfection de l'acte ou procédure judiciaire ; et il ne sera établi ou créé aucune hypothèque en vertu d'un jugement, acte ou procédure judiciaire qui n'accordera pas une somme d'argent fixe et spécifiée ; et cette hypothèque ne sera établie et n'existera que pour et à l'égard de cette somme seulement ; excepté les jugements portant adjudication des intérêts ou des frais, laquelle adjudication pourra être faite sans indiquer formellement dans le jugement le montant des intérêts et des frais, et portera néanmoins hypothèque. 4 V. c. 30, s. 30.

Lahaie, sur art. 2123 *C. N.* } (Voir avis du Conseil d'Etat du 12 thermidor an 12 ; autre du 27 octobre 1811, et le troisième du 12 novembre 1811. — La loi du 3 septembre 1807, art. 1er et 2).

(Voir Guichard, Jur. hyp., t. 3, p. 146).

Domat, Lois civiles, liv. 3, tit. 1, sect. 2, n. 4. — L'hypothèque s'acquiert de trois manières ; ou du consentement du débiteur, par convention, s'il oblige ses biens, ou sans que le débiteur y consente, et par la quantité et le simple effet de

l'engagement dont la nature est telle que la loi y a attaché la sûreté de l'hypothèque ; ou enfin l'hypothèque s'acquiert par l'autorité de la justice, quoique la loi ne donnât pas l'hypothèque : ce qui arrive lorsque le créancier qui n'avait point d'hypothèque obtient une condamnation : par la sentence ou arrêt qui condamne le débiteur, et donne hypothèque au créancier.

(*Vide, leg.* 17, § 2, *ff. de pact.; leg.* 4, *ff. de pign. et hyp.; leg.* 4, *ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah.; leg.* 46, § 3, *ff. de jur. fisc.; leg. ultim., Cod., de prest. pign.; leg.* 26, *ff. de pign. et act.*)

Pothier, Traité de l'hypothèque, p. 128.—Les sentences des arbitres ne portent hypothèque que du jour de l'homologation qui en a été faite devant le juge ; car ces arbitres étant des particuliers, leurs sentences ne peuvent être revêtues d'aucune autorité publique qui puisse produire l'hypothèque, jusqu'à ce qu'elles aient reçu cette autorité par l'homologation du juge.

N. 129.— Il n'importe, pour qu'un jugement produise hypothèque, que la condamnation qu'il renferme soit liquide ou non ; car l'hypothèque peut être contractée pour des dettes non liquides.

Avis du Conseil d'Etat, 4 août 1804, inséré au Bulletin des Lois en novembre 1811. — Considérant que les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer des condamnations et de décerner des contraintes, sont de véritables juges, dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires ; le *Conseil est d'avis...*

Que les condamnations et les contraintes émanées des administrateurs, dans les cas et pour les matières de leur compétence, emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire.

Malleville.— Notre article parle en général des jugemens ; il faut cependant distinguer ceux qui sont sujets à appel,

d'avec ceux qui sont rendus en dernier ressort : si les jugemens sujets à appel sont réformés, l'hypothèque qu'ils avaient donnée s'anéantit, et c'est comme si elle n'avait jamais existé. Favard, hypothèques, sect. 2, § 2, n. 3, même opinion.

Hua.— Soit par défaut. Il n'est pas nécessaire que le jugement par défaut soit signifié, et encore moins que le délai pour y former opposition soit expiré. Si la loi l'eût voulu ainsi, elle n'aurait point parlé du jugement par défaut, et se fût seulement servie des mots *jugemens exécutoires.* Grenier, hypothèques, t. 2, n. 195, même opinion.

Persil, Régime hypothécaire.—Si un jugement vient à être reformé en partie, l'hypothèque qui en résulte doit être restreinte à la partie du jugement qui a été confirmée.

Pour que l'hypothèque existe, il suffit qu'il y ait jugement, même rendu par des juges incompétents.— Si donc un juge de paix avait excédé sa compétence, si un tribunal civil avait empiété sur les attributions du tribunal de commerce, l'hypothèque n'en résulterait pas moins, et ne pourrait être détruite que par la réformation de ce jugement. Dalloz, hypothèques, chap. 2, sect. 3, art. 1er, § 1, n. 5, même opinion.

Les jugemens d'expédient, c'est-à-dire passés d'accord, produisent hypothèque comme ceux qui sont rendus sur les contestations des parties.

Enfin, l'hypothèque judiciaire résulte de tout jugement, même lorsqu'il ne prononce pas de condamnation actuelle, pourvu qu'il présuppose l'existence d'une créance, ou qu'il contienne le germe d'une obligation qui doit se réaliser postérieurement. Ainsi, l'on pourra requérir inscription sur les biens du liquidateur d'une société, en vertu d'un jugement qui lui conférait cette qualité.

Quant aux jugemens rendus en pays étrangers, entre français et étrangers, ils n'emportent hypothèque que lorsqu'ils ont été de nouveau discutés en France ; à plus forte raison ceux rendus entre étrangers doivent-ils être vérifiés.

Mais les jugemens rendus dans les colonies françaises, ou en pays étrangers par les consuls de France, ont la même

autorité que s'ils avaient été prononcés par les tribunaux français.

Les actes des corps administratifs peuvent être assimilés à des jugemens, et emporter hypothèque, lorsqu'ils prononcent sur des matières de leur compétence.

Rolland de Villargues, v. inscription, n. 44. — L'inscription peut être formée malgré l'appel interjeté du jugement, sauf à en demander dans la suite la radiation ou la restriction. (Déclaration du 10 juillet 1566, Grenier, n. 196).

Cela a lieu tous les jours. Du reste, cette radiation ou cette restriction sont ordonnées par la Cour d'appel, quand on y conclut; ce qui évite une assignation et un nouveau jugement, afin de les faire prononcer.

Favard, hypothèques, sect. 2, § 2, n. 1.— Le jugement qui n'imposerait pas d'obligation, ou qui n'en confirmerait pas une préexistante, ne pourrait pas évidemment produire d'hypothèques, puisqu'il ne peut y avoir d'accessoires où il n'y a pas de principal.

Grenier, Traité des hypothèques, t. 2, n. 193.—Le créancier peut-il, par une *seule inscription*, grever tout à la fois, non seulement les immeubles qui appartiennent alors au débiteur, dans l'arrondissement au bureau duquel l'inscription est prise, mais encore tous ceux qui lui appartiendront dans la suite, et qui seront situés dans le même arrondissement?

En se pénétrant de l'esprit de la législation, qui se puise dans plusieurs articles du Code, on est convaincu que le législateur a entendu que tous les biens présens et à venir du débiteur ont pu être grevés *simultanément*, dans chaque arrondissement, par une seule inscription.

N. 212. — Cet article ne s'applique point aux jugemens rendus par les consuls de la nation française dans les pays étrangers.

N. 213.—Les jugemens rendus par arbitres, en pays étrangers, entre un Français et un citoyen de ces pays, ne sont pas susceptibles de révision en France.

Merlin, R., v. hypothèques, sect. 2, § 3, art. 5, n. 2.—Il faut

mettre au rang des jugemens produisant obligation et hypothèques judiciaires, la reconnaissance et vérification faite devant les tribunaux, des signatures apposées à des actes obligatoires sous seing privé, indépendamment de la disposition textuelle de notre article à ce sujet. Cet acte est nominativement appelé *jugement* par l'art. 194 du Code de procédure civile. (Voir aussi l'art. 193 du même Code, et les 1er et 2 de la loi du 3 septembre 1807).

Il faut bien remarquer que l'hypothèque judiciaire ne peut atteindre que les biens qui appartiennent au débiteur au moment du jugement, et qui lui appartiennent encore au moment de l'inscription qui doit former le complément du titre hypothécaire ; au lieu que l'inscription faite par la femme ou par le mineur, fait remonter l'hypothèque sur les biens qui appartenaient au débiteur, à l'époque du mariage ou de l'acceptation de la tutelle.

Troplong, hypothèques, n. 439.—Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire ?

Les auteurs et la jurisprudence concourent en majorité à établir l'*affirmative.*

(Voyez Grenier, t. 1, p. 425 ; Persil, Questions, t. 1, p. 180 ; Dalloz, hypothèques, p. 171, n. 2).

Mais Pigeau (Procédure civile, t. 2, p. 398), professe une opinion contraire, et l'avis de cet auteur me paraît devoir être préféré.

N. 440.—Un jugement qui nomme un curateur à une succession vacante emporte-t-il hypothèque ?

M. Persil examine cette difficulté avec détail et résout avec raison la négative. (Questions, t. 1, p. 272).

Question controversée.—Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque ? Oui, d'après arrêt de Cassation du 4 août 1825 ; Dalloz, 1825, 1re partie, p. 388 ; *id.*, 10 août 1810 ; *id.*, Cour de Lyon, 11 août 1809 ; Dalloz, v. hypothèques, p. 177 ; Persil, régime hypothécaire, sur l'art. 2123, n. 12 ; Grenier, hypothèques, t. 1er, n. 201 ; Carré, Lois de la procédure civile, t. 2, p. 505, note. Contre :

Troplong, hypothèques, t. 2, n. 439 ; Pigeau, Procédure civile, t. 2, p. 430. (Journal de la Magistrature, t. 2, p. 309 à 312).

La régie de l'enregistrement ne peut décerner des contraintes emportant hypothèques. (Cassation, 28 janvier 1828 ; Dalloz, 1828, 1re partie, p. 108. Voir Sirey, t. 33, 1re partie, p. 641 ; Dalloz, *année* 1829, 2e *partie*, *p.* 109, Questions. Voyez encore sur notre article Dalloz, hypothèques, chap. 2, sect. 3, art. 1er, § 1er, n. 5, 6, 15, 16 ; *id.*, chap. 2, sect. 3, art. 2, n. 1, 7, 8. Voir, pour controverse d'opinions, Dalloz, t. 9, p. 172, n. 4. *Contrà :* Persil, Questions hypothécaires, v. hypothèque judiciaire, § 2, art. 2, n. 439, 442 ; Delvincourt, t. 3, p. 158, note 7 ; Dalloz, t. 9, p. 171, n. 2. *Contrà;* Persil, Régime hypothécaire, sur l'article, n. 13, et Questions hypothécaires, § 1, v. hypothèque judiciaire ; Dalloz, t. 9, p. 172, n. 3. *Contrà*, Persil, *loco citato;* Troplong, hypothèques, t. 2. n. 440 : Duranton, t. 19, n. 334 ; Grenier, hypothèques, t. 1er, p. 9 ; Battur, hypothèques, n. 318 à 324 ; Rolland, v. hypothèques, n. 321, 332, 355 ; Troplong, n. 436 à 439).

---

* 14 *Isambert, Ordonn. de Moulins, (Chs. IX), 1566, art. 53.* } Deslors et en l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, sera acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné, pour l'effet et exécution du jugement ou arrest par lui obtenu.

---

* *Guenois, Confér. des ordonn., sur art. 53, Ord. 1566, p. 729.* } Idem à Paris, le 10 Juillet 1566, 1, Déclaration, art. 11 ; Ordonn. sur le 53 art. que l'hypothèque sur les biens du condamné aura lieu et effet du jour de la sentence, si elle est confirmée par arrest, ou que d'icelle n'y ait appel.

---

* 14 *Isambert*, *Déclar.* 10 *Juillet* 1566 (*Chs. IX*), *art.* 11. } En ajoutant pareillement, suivant la remontrance de ladite cour aux articles 53 et 55, ordonnons sur le 53 que l'hypotèque sur les biens du condamné, aura lieu et effet du jour de la sentence, si elle est confirmée par arrest, ou que d'icelle il n'y ait appel.

---

* *Ordonn. de* 1667, *Tit.* 35, *art.* 11. } Voulons que tous les Arrêts, Jugements en dernier ressort et Sentences Présidiales, données au premier chef de l'Edit, soient signifiés aux personnes ou domicile pour en induire les fins de non-recevoir contre la Requête civile dans le temps ci-dessus, encore que les uns aient été contradictoires en l'Audience, et les autres signifiés au Procureur, sans que cela puisse être tiré à conséquence aux hypotheques, saisies et exécutions, et autres choses, à l'égard desquelles les Arrêts, Jugements et Sentences contradictoires, donnés à l'Audience, auront leur effet, quoiqu'ils n'aient été signifiés, et ceux par défaut donnés en l'Audience et sur Procès par écrit, à compter du jour qu'ils auront été signifiés aux Procureurs.

---

* *Rodier*, *Questions sur Ord. de Louis XIV*, *sur Ord.* 1667, *tit.* 35, *art.* 11, *p.* 553. } *La signification des Arrêts, Jugements ou Sentences, à la Partie condamnée ou à son domicile, est-elle nécessaire pour acquérir hypotheque?*

Cet article avertit expressément que la signification à la Partie requise pour faire courir le délai, quant à l'impétration de la Requête civile, ne peut pas être tirée à conséquence aux hypotheques. Il faut bien qu'un Arrêt, Jugement, Sentence et tout notre Mandement de Justice soient signifiés à la Partie, si on veut les mettre à exécution ; mais cette signification n'est pas nécessaire pour acquérir l'hypotheque, elle est acquise dès la prononciation des Jugements rendus à l'Audience et contradictoirement avec la Partie, et dès la signification faite au Procureur pour les Jugements contra-

dictoires rendus par écrit ou rendus sur défaut, soit à l'Audience, soit par écrit. Voyez ce qui a été dit sur l'article XVII du Tit. XXVII, Quest. 4.

---

* *Héricourt, Vente des immeubles, p.* 238. } Quand l'obligation n'est point de nature à donner une hipoteque tacite sur les biens de l'obligé, il faut pour acquérir hipoteque qu'il y ait un titre public de la créance pour assurer la datte de cette hipoteque ; autrement toutes les conventions par lesquelles un particulier obligeroit ses immeubles pour la sureté de l'exécution d'une obligation, ne donneroit point de droit sur le bien au préjudice d'un tiers, qui par un titre public auroit acquis un droit sur les immeubles du débiteur. Ce titre public est un jugement, ou un acte passé pardevant Notaire.

Ce n'est que depuis l'année 1566, que les Jugemens emportent hipoteque sur les biens du condamné ; car dans les principes du Droit Romain, on ne donnoit d'hipoteque sur les biens du condamné que du jour de l'exécution des jugemens. On suivoit autrefois la même Jurisprudence parmi nous. Le Roi Charles IX. abrogea cet ancien usage par l'article 53 de l'Ordonnance de Moulins, qui porte qu'à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, sera acquis à la Partie droit d'hipoteque sur les biens du condamné, pour l'effet et exécution du Jugement par lui obtenu ; mais de la maniere dont cet article étoit rédigé, il pouvoit y avoir un grand inconvénient, qui consistoit en ce qu'un chicanneur interjetant appel de la Sentence pouvoit vendre son bien, ou donner hipoteque à de nouveaux créanciers, au préjudice de celui qui avoit obtenu le Jugement en sa faveur. Le Parlement de Paris fit sur ce sujet des remontrances au Roi Charles IX. qui pour perfectionner ce qu'il avoit commencé par l'Ordonnance de Moulins, ajouta par un article de Déclaration du 10 Juillet 1566, que l'hipoteque sur les biens du condamné

auroit lieu et effet du jour de la Sentence, si elle étoit condamné par Arrêt, ou qu'il n'y en eût point d'appel.

Avant l'Ordonnance de Moulins, François I. avoit déjà prescrit par l'Ordonnance de 1539, de donner hipoteque pour les obligations sous seing privé du jour que l'obligé les auroit reconnües en Justice, ou du jour qu'on auroit obtenu contre lui une Sentence par défaut, qui auroit tenu la cédule pour confessée. L'article suivant de la même Ordonnance porte, que si celui qui est assigné pour reconnoître une obligation sous seing-privé dénie sa signature, et qu'ensuite elle soit jugée véritable, l'hipoteque aura lieu du jour de la dénégation.

---

*2 *Troplong, sur art.* 2123, *n*° 443 *bis. et s.* } 443 *bis.* D'après l'ordonnance de Moulins, l'hypothèque judiciaire avait lieu, *dès-lors et à l'instant de la contradiction contradictoire donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation.*

En sorte qu'il n'était pas besoin de signifier le jugement. C'est aussi ce qui résultait de l'art. 11, titre 35, de l'ordonnance de 1607.

On peut dire avec certitude qu'il en est de même d'après le Code civil; il fait résulter l'hypothèque des jugemens contradictoires, et ne modifie ce principe par aucune condition, si ce n'est cependant que l'hypothèque doit être inscrite, et qu'elle ne prend rang que du jour de l'inscription. Or, puisque l'hypothèque résulte des seuls jugemens, il s'en-qu'on peut prendre l'inscription après la prononciation, et avant signification, enregistrement, etc.

443 *ter.* D'après l'ordonnance de Moulins, citée tout à l'heure, l'hypothèque judiciaire ne résultait que de jugemens rendus *en dernier ressort.*

Mais des remontrances ayant été faites, le roi fit, le 10 juillet 1566, une déclaration pour modifier l'ordonnance en cette partie. Par l'art. 11 de cette déclaration, il fut dit que l'hypothèque aurait lieu en effet du jour de la sentence, si

elle était confirmée par arrêt, ou *d'icelle*, s'il n'y avait appel. Tels sont aussi les principes d'après le Code civil. Ainsi, quoique le jugement soit rendu en premier ressort, rien n'empêche qu'on ne prenne inscription. L'inscription suit le sort de l'appel : elle croule avec le jugement s'il est réformé, ou subsiste avec lui s'il est maintenu.

Lorsque le jugement est maintenu sur certains points et réformé sur d'autres, l'inscription vaut pour les parties de la décision qui sont confirmées.

Si le jugement de première instance condamne à payer 10,000 francs, et que sur l'appel la condamnation soit restreinte à 5,000 francs, on demande de quel jour datera l'hypothèque. Sera-ce du premier jugement, ou bien de l'arrêt rendu sur l'appel ? et par suite, l'inscription prise en vertu du jugement en premier ressort vaudra-t-elle jusqu'à concurrence des 5,000 francs portés en la sentence d'appel ?

Auzanet prétend que l'hypothèque ne commence que du jour de l'arrêt en dernier ressort, et il cite une décision qui l'a ainsi jugé.

Mais cette opinion n'est pas soutenable ; l'arrêt qui adjuge une partie de la somme portée par la sentence, confirme la sentence à cet égard, et il ne l'infirme que pour le surplus. *In eo quod plus sit, semper inest et minus* (1). L'hypothèque doit donc remonter au jour du jugement en premier ressort (2).

444. A l'égard des jugemens par défaut, c'était une difficulté dans l'ancienne jurisprudence de savoir si l'hypothèque datait du jour de la prononciation, ou du jour de la signification. Car l'ordonnance de Moulins, en donnant hypothèque du jour de la condamnation, ne distinguait pas si le jugement était rendu contradictoirement ou par défaut.

Mais l'ordonnance du mois d'avril 1667, titre des Requêtes civiles, art. IX, décida que les jugemens par défaut ne don-

(1) L. *In eo, Dig. de reg. juris.*

(2) Ferrières, sur Paris, art. 170, § 3, n. 3, 4, 5. Pothier, Orléans, t. 20. n. 17. Persil, art. 21, 23, Grenier, t. 1, n. 196.

neraient hypothèque que du jour de la signification aux procureurs. On considéra que souvent les jugemens par défaut sont rendus par surprise sur des exploits non signifiés, et dont ceux qui sont condamnés n'ont pas connnaissance (1).

Mais les lois nouvelles n'ont pas renouvelé cette disposition. Elles la prescrivent, au contraire : car dans le projet de Code civil., dressé par la commission, on lisait (2) une disposition par laquelle il était dit que " les jugemens par " défaut n'emportent hypothèque que du jour de leur signi- " fication ", et cette disposition fut retranchée. D'où il suit que notre article fait dépendre l'hypothèque des seuls jugemens contradictoires ou par défaut. C'est en ce sens que la jurisprudence (3) s'est prononcée.

Au surplus, il est bon de savoir que la cour de Riom, par arrêt du 9 avril 1807 (4), a décidé qu'un jugement par défaut ne confère hypothèque qu'après la signification. Mais cet arrêt isolé est trop contraire à l'esprit de la loi pour faire jurisprudence. La cour dont il émane en a d'ailleurs rendu deux autres en sens contraire (5).

Ce que j'ai dit du cas où un jugement en premier ressort est modifié sur l'appel, s'applique au cas où un jugement par défaut est réformé sur l'opposition (6).

445. Ferrières examine la question de savoir si, pour que

(1) Ferrières, Paris, art. 170, § 3, n. 6. Pothier, Orléans, t. 20, n. 16. Arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1809. Dalloz, Hyp., p. 174.

(2) Titre des Hyp., ch. 2, sect. 5, art. 29.

(3) Besançon, 12 août 1811 (Den., 12, 2, 31). Rouen, 7 décembre 1812 (S., 13, 2, 367). Cassat., 21 mai 1811 (Denev., 11, 1, 288). Je n'ai pu trouver ces arrêts au mot Hypothèque de la collection Dalloz. Grenier, t. 1, p. 410.

(4) Sirey, 7, 2, 646. Dalloz, Hyp., 174.

(5) 6 mai 1809. 17 avril 1824. Dalloz, *loc. cit.* Répert., t. 17, p. 68, col. 2.

(6) Pothier, Orléans, t. 20, n. 17. Si on laisse périmer le jugement par défaut, faute d'exécution dans les six mois, l'inscription est comme non avenue. Bruxelles, 6 mars 1822. Dal., Hyp., 176.

les jugemens portent hypothèque, il faut qu'ils aient été rendus par des juges compétens, et il résout que si les juges étaient incompétens *ratione materiæ*, comme s'ils jugeaient hors de leur ressort, quoique du consentement des parties, la sentence serait nulle, et ne pourrait pas produire d'hypothèque (1).

Cependant Ferrières lui-même, dans son Commentaire sur l'art. 170, § 4, au supplément intitulé " Questions proposées " aux mercuriales du parlement concernant la matière des hypothèques ", rapporte que les anciens de l'ordre des avocats, consultés par messieurs du parlement, furent d'avis que les sentences emportent hypothèque, soit qu'elles aient été données par juges compétens ou *incompétens*. D'Héricourt dit aussi (2) : " C'est même un usage certain que la " sentence rendue par un juge *incompétent* de connaître " d'une affaire, donne hypothèque au créancier du jour " qu'elle est intervenue, quand la partie a procédé volon- " tairement devant le juge incompétent."

Ces deux opinions paraissent contraires. Je crois cependant qu'on peut les concilier, en distinguant quel est le genre d'incompétence qui se fait remarquer dans le jugement.

S'il s'agit d'une incompétence personnelle, *à ratione personæ* ou d'une incompétence *à ratione materiæ*, mais cependant dans un cas où le consentement des parties a pu proroger la juridiction, alors l'opinion de d'Héricourt doit être suivie.

Mais s'il s'agit d'une incompétence telle que le consentement des parties n'a pu proroger la juridiction, alors l'opinion de Ferrières est seule préférable.

Ceci toutefois demande des explications.

Deux individus consentent à procéder devant un tribunal qui n'est ni celui de leur domicile, ni celui de l'objet litigieux. Le juge était incompétent *ratione personæ*. Mais la volonté des parties a prorogé sa juridiction : il est devenu

(1) Sur Paris *loc. cit.*, n. 5.

(2) Vente des immeubles, ch. 11, § 2, n. 10.

compétent, et nul doute que son jugement ne produise hypothèque.

A l'égard de la compétence *ratione materiæ*, on a coutume de dire qu'elle est d'ordre public, puisqu'elle tient à l'ordre des juridictions, et que la volonté des parties ne peut y déroger. Mais cette proposition, vraie en un sens, ne l'est pas dans tous les cas, et pour apprécier l'étendue qu'elle doit avoir, il faut distinguer le juge dont la compétence est limitée *ad certam summam*, du juge dont la compétence est limitée *ad certum genus causarum.*

Quand le juge est délégué *ad certam summam*, c'est-à-dire quand il est institué pour juger des contestations qui ne s'élèvent pas au dessus d'une certaine valeur, comme les juges municipaux chez les Romains et les juges de paix en France, la volonté des parties peut le rendre juge de sommes plus considérables. " Judex qui *ad certam summam* judicare " jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter liti- " gatores conveniat." L. 74, § 1. *De judiciis.* L. 28, D. *Ad municip.* (1).

Ainsi, si les parties y consentent, le juge de paix pourra juger des sommes d'une valeur supérieure non seulement à 150 fr., mais encore à 1000 fr., etc., C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation, du 3 frimaire an 9, rapporté par M. Merlin (2).

La raison en est, comme le dit M. Henrion de Pensey dans une note communiquée à M. Merlin et rapportée par ce dernier (3), que le juge de paix devant qui les parties s'accordent à porter une demande à fin de paiement de 300 fr., étant déjà investi du pouvoir de juger jusqu'à concurrence de la moitié de cette somme, a, par ces attributions légales, le germe, le principe de l'autorité qui lui est nécessaire pour rendre un

(1) Favre, Code, liv. 3, t. 22, déf. 46. Papon, liv. 7, t. 7, n. 32. Voët, *ad Pand., De judiciis*, n. 85.

(2) Hyp., p. 836, col. 1.

(3) Rép. Hyp., p. 835, col. 1.

jugement sur le total : il suffit de développer un principe existant, et de proroger une juridiction légalement établie.

D'où il faut conclure que si le juge délégué *usque ad certam summam* est saisi, par le consentement des parties, d'une demande portant sur une somme supérieure, son jugement sera légal et devra porter hypothèque judiciaire.

Mais lorsque le juge est délégué *ad certum genus causarum*, comme un tribunal de commerce, un conseil de guerre, un tribunal criminel, un juge de paix en matière possessoire, la volonté des parties ne peut le rendre habile à juger tout ce qui sort de ce cercle ; au-delà, il n'est plus qu'une personne privée, et comme la loi seule peut créer une juridiction nouvelle, il s'ensuit que les parties ne peuvent lui soumettre leurs différends qu'à titre d'*arbitre*, et non pas à titre de juge. Autrement, ce ne serait pas proroger une juridiction, ce serait en établir une qui n'a aucun principe d'existence. (Henrion et Merlin, *loc. cit.*)

Et puisque le juge seul peut rendre des jugemens, puisque l'hypothèque ne peut dépendre de décisions rendues par des personnes sans caractère, il s'ensuit qu'un jugement infecté du vice d'incompétence dont je parle, serait inefficace pour la constitution de l'hypothèque judiciaire.

Ainsi, qu'un juge de paix rende un jugement au pétitoire, qu'un tribunal de commerce prononce sur des contestations qui ne se lient pas aux matières commerciales, ce seront des décisions arbitrales, si les parties s'en contentent ; mais l'hypothèque ne pourra en découler.

A la vérité, les décisions arbitrales donnent hypothèque judiciaire ; mais ce n'est, comme on le verra tout à l'heure, qu'autant quelles sont homologuées par le juge (1).

446. Dans l'ancienne jurisprudence française, on tenait pour maxime que l'on pouvait demander la reconnaissance

(1) On peut consulter sur cette question M. Merlin, Rép., v. Hypothèq., p. 833, col. 1 ; M Grenier, t. 1, p. 417, et M. Persil, Rég. hyp., art. 2123, n. 3. Il semble que M. Dalloz ne goûte pas cette doctrine, Hyp., p. 172, n. 7. Mais je la crois seule raisonnable.

d'une écriture devant tout juge quelconque, pourvu qu'il ne fût pas juge ecclésiastique ; c'est ce que l'on faisait résulter de l'art. 92 de l'ordonnance de 1539, et de l'art. 10 de l'ordonnance de Roussillon de 1563. Basnage (1) dit que les observations sous seing privé peuvent être reconnues devant les juges consuls, bien qu'elles ne soient pas conçues pour marchandises ou fait de commerce ; devant les maîtres des requêtes de l'hôtel ; même devant les juges d'élection.

La raison de cette jurisprudence est que, dans le système suivi à cette époque, l'hypothèque s'attachait de plein droit à tout acte authentique, et qu'un acte privé devenait authentique dès qu'il était reconnu devant un officier public quelconque.

Mais aujourd'hui il n'en est plus de même ; la reconnaissance d'écriture faite par jugement ne peut produire hypothèque, qu'autant que le juge aurait été compétent pour condamner le débiteur à payer le montant du billet. Car un jugement qui tient pour reconnu un acte sous seing privé, prononce une véritable condamnation, et il ne peut y avoir de condamnation légale qu'autant qu'elle émane d'un juge ayant pouvoir de la loi.

Ainsi, dit M. Merlin (2), la reconnaissance faite d'un écrit privé devant une cour de justice criminelle, ou devant un conseil de guerre, ne peut pas être considérée, quant aux effets hypothécaires, comme une reconnaissance faite en jugement.

Mais cette reconnaissance pourrait, sans difficulté, se faire devant un juge de paix, quelle que fût la somme portée dans le billet, pourvu qu'il y *eût consentement des parties*. Car, de même que la volonté des parties peut le rendre juge de la demande à fin de paiement de la somme, de même elle peut

(1) Normandie, art. 546. *Junge* Bourjon, t. 2, p. 534, n. 18. Lamoignon, tit. des Act. pers. et hyp., art. 30 et suiv.

(2) Répert., v. Hyp., p. 834, col. 1. M. Dalloz n'approuve pas cette opinion, Hyp., p. 172.

lui demander acte de la reconnaissance de la signature, qui n'est qu'un préliminaire pour arriver à la condamnation (1).

449. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

La raison en est que la sentence des arbitres n'est qu'un acte privé, tant qu'elle n'est pas homologuée (2). On ne peut donc prendre inscription que lorsque le juge leur a donné la qualité d'acte de l'autorité publique et de jugement, au moyen de l'homologation.

450. J'ai dit ci-dessus, n° 443, que l'hypothèque est acquise du jour du jugement. Ce principe, consacré par notre article, sert à terminer une controverse qui partageait les anciens auteurs, et qui consistait à savoir si l'hypothèque, pour les dommages et intérêts et pour l'amende, occasionnés par un délit, doit dater du jour de la condamnation ou du jour de la perpétration du crime.

Les uns voulaient que, dès que le crime est commis, tous les biens du criminel soient obligés envers le fisc pour l'amende, et envers la partie pour ses intérêts civils (3).

D'autres voulaient que l'hypothèque ne commençât que du jour de la contestation en cause.

Mais la commune opinion était que l'hypothèque ne datait que du jour de la sentence (4).

En effet, il n'y a pas de doute que le criminel ne soit obligé pour les amendes et les intérêts civils du jour du délit; mais ce n'est qu'une obligation personnelle qui ne produit

(1) Répert., *loc. cit.* p. 836, col. 1 et 2. Grenier, t. 1, p. 417 et 427. Cass., 22 décembre 1806. Dal., Hyp., 187.

(2) Despeisses, part. 3, sect. 3, n. 12. Pothier, Hyp. Quest. de droit de Merlin, v. Hyp. Grenier, t. 1, p. 430. Dalloz, Hyp., p. 174. Cass., 25 prairial an 2, Dal., Arbitrage, p. 769.

(3) D'Argentrée sur Bretagne, art. 188, gl. n. 2. Tiraq., *De retract. conv.* § 5. gl. 4, n. 1 et suiv.

(4) Guy-Pape, p. 535. Leprestre, cent. 1, ch. 41. Ferrières, Paris, art. 160, § 3, n. 11.

pas l'hpothèque sur les biens. L'hypothèque ne peut donc résulter que de la sentence, qui fixe la quotité des dommages et intérêts de l'amende.

C'est ce qui fut reconnu par une déclaration du roi, du 13 juillet 1700, rapportée par Ferrières (1).

2035. L'hypothèque judiciaire acquise avant le trente-et-unième jour de Décembre mil huit cent quarante-et-un, affecte tous les biens possédés alors par le débiteur ou depuis.

2035. Judicial hypothecs acquired before the thirty-first day of December, one thousand eight hundred and forty one, affect all the property held by the debtor at or since the time at which they were acquired.

Voy. autorités sur art. 2034.

2036. L'hypothèque judiciaire acquise depuis le trente-et-unième jour de Décembre mil huit cent quarante-et-un, jusqu'au premier jour de Septembre mil huit cent soixante, n'a d'effet que sur les biens que possédait le débiteur au temps où le jugement a été rendu, ou l'acte judiciaire exécuté.

2036. Judicial hypothecs acquired between the thirty-first day of December, one thousand eight hundred and forty-one, and the first day of September, one thousand eight hundred and sixty, affect only such property as the debtor possessed at the time when the judgment was rendered or the judicial act performed.

Voy. autorités sur art. 2034 et suivants.

(1) *Loc. cit.*

SECTION IV.

DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

2037. Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent, sauf les dispositions spéciales relatives aux fabriques.

SECTION IV.

OF CONVENTIONAL HYPOTHEC.

2037. Conventional hypothec can only be granted by those who are capable of alienating the immoveables which they subject to it ; saving the provisions of special enactments concerning *Fabriques.*

---

* *C. N.* 2124. } Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent.

Voy. autorités sur art. 2038.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *no* 44. } L'hypothèque étant un droit dans la chose, c'est une conséquence qu'il ne peut être accordé que par celui à qui la chose appartient et qui en est le propriétaire ; celui qui ne l'est pas, ne pouvant pas transférer à un autre un droit dans une chose qu'il n'a pas lui-même.

On dira peut-être que le propriétaire d'une chose n'a pas le droit d'hypothèque dans sa chose, *cùm nemini res sua pignori esse possit*, comment peut-il donc le donner à un autre ?

La réponse est facile. Le propriétaire d'une chose n'a pas, à la vérité, un droit d'hypothèque dans sa chose, dans la forme du droit d'hypothèque, il ne l'a pas *formaliter;* mais il a *eminenter*, c'est-à-dire *non quidem jure hypothecæ, sed jure*

dominii, tout ce en quoi le droit d'hypothèque consiste ; car le droit d'hypothèque consiste dans le droit de tenir la chose hypothéquée et de la vendre ; or, ce droit se trouve renfermé dans le *dominium* qu'a le propriétaire, qui contient principalement le droit de disposer de la chose, et par conséquent de la vendre ; puis donc qu'il a le droit de vendre la chose, il peut transférer ce droit à son créancier qui l'aura, non pas comme le propriétaire l'avait, *jure dominii et in re propriâ ;* mais *jure hypothecæ et in re alienâ.*

---

* *Héricourt, Vente d'imm.*, p. 221-2. } Pour qu'un immeuble soit affecté à l'exécution d'une convention, il ne suffit point que la personne qui contracte une obligation n'ait aucune incapacité de s'engager valablement, il faut encore qu'elle ait dans le tems du contrat, ou par la suite la propriété du bien qu'elle hipoteque ; ainsi un Bénéficier qui n'est point proprietaire des biens dépendans de son Bénéfice, et qui n'a que le droit d'en percevoir les revenus tant qu'il sera Titulaire, n'en peut régulierement hipotequer les fonds. Une Communauté même Laïque ou Ecclesiastique, séculiere ou réguliere, n'a point le droit d'engager ses fonds, soit qu'elle s'oblige en corps, soit qu'elle contracte par son Syndic, parce que le bien appartient à ceux qui composeront par la suite la Communauté, ausquels on ne peut faire préjudice, comme il appartient à ceux qui en sont les membres dans le tems de l'engagement. Cette regle ne souffre d'exception que dans le cas où l'obligation a été contractée pour le bien du Bénéfice ou de la Communauté, avec la permission du Supérieur ou du Juge, donnée après une enquête sur la nécessité ou l'utilité évidente de l'aliénation.

A l'égard des particuliers qui ont des biens dont ils ne sont pas proprietaires incommutables, ils ne peuvent les engager que sous la condition à laquelle ils les possedent, c'est-à-dire, que s'il arrive qu'ils en soient dépouillés, en conséquence d'une clause comprise expressément ou tacitement

dans le titre de leur possession, l'hypoteque ne subsiste plus.

---

* 2 *Troplong, Hypot.*, *nº* 463 *ter.* } Les individus morts civilement sont-ils dans l'incapacité d'hypothéquer ? On peut dire en leur faveur qu'ils ne sont pas incapables des actes du droit des gens, qu'ils peuvent commercer, acheter des immeubles avec leur gain, et les vendre ; que par conséquent il semble qu'ils puissent hypothéquer (1). C'est ce qui avait lieu dans le droit romain.

" Deportatus civitatem amittit, non libertatem ; et speciali " quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium uti- " tur : emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, fœnus " exercet, et cætera similia, et posteà quæsita *pignori dare* " *potest.*" L. 150. *De inter. et releg. et deport.* (2).

C'est aussi le sentiment de Richer (3), et il est adopté sans discussion par M. Merlin (4).

Je ne crois pas devoir le partager. En France, l'hypothèque ne peut être établie que par une convention revêtue de formes solennelles et *du droit civil.* Ce n'est pas comme chez les Romains, où elle s'établissait sans formalités. Dès-lors, je crois qu'il n'est pas possible qu'un mort civil vienne emprunter les formes du droit civil, pour en revêtir ses engagements. Qu'il soit admis à la participation de tous les actes qui, comme vente, échange, mandat, sont du pur droit des gens, et peuvent se passer des *formes civiles ;* je le conçois et je l'admets. Mais il me semble qu'il répugne à la raison que le mort *civil*, qui est exclu de la société *civile*, lui demande le secours de ses solennités. Il n'y a, au surplus, aucune con-

(1) J'ai dit, *suprà*, que l'hypothèque était en soi du droit des gens, n. 392 et 392 *bis*.

(2) Pand. de Pothier, t. 3, p. 522.

(3) Liv. 3, art. 1, ch. 1, p. 205.

(4) Répert., t. 17, Mort civile, p. 158.

tradiction entre ce que j'ai dit ci-dessus de l'étranger (1), et l'opinion que je propose ici. L'étranger n'est pas mort civil : il se marie, il peut faire des donations, en un mot il participe à tous les actes du droit des gens, bien que le droit civil les ait soumis à certaines formalités spéciales. Mais le mort civil ne peut se marier, il ne peut faire des donations. Retranché de la communauté *civile*, tout ce qui emprunte quelque chose du *droit civil* me paraît lui devoir être interdit (2).

---

* 13 *Nouv. Denisart*, *v° Hyp.*, *Supplément*, *p.* 85. } La raison de cet article est que la constitution d'*hypothèque* est elle-même une sorte d'aliénation. Les personnes incapables de contracter et de conférer *hypothèque*, sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, et généralement tous ceux auxquels la loi interdit certains contrats. (*Code Civil*, art. 1124.)

---

* 11 *Pont*, *sur art.* 2124, *C. N. n°* 609. } Pour pouvoir conférer hypothèque, il faut avoir la faculté de disposer de la chose hypothéquée. Notre art. 2124 indique cela nettement en disant que "les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux *qui ont la capacité d'aliéner* les immeubles qu'ils y soumettent." Ainsi, ce que le législateur exige ici, ce n'est pas une capacité telle qu'elle, la capacité de s'*obliger;* c'est une capacité spécialement déterminée, la capacité d'*aliéner*. L'hypothèque étant

(1) N. 392 et 392 *bis*.

(2) Les droits dont nous jouissons découlent de trois sources, du droit naturel ou des gens ; du droit naturel ou des gens modifié par le droit civil ; du pur droit civil. L'étranger n'est privé en France que des droits découlant du pur droit civil ; mais le mort civil, placé à un degré inférieur, est exclu de toute participation aux droits organisés ou modifiés par le droit civil. Il ne peut prendre part qu'aux contrats laissés sous l'empire du pur droit des gens.

un acte d'aliénation, la disposition de la loi est parfaitement conséquente. M. Duranton a donc écrit à tort " qu'en thèse générale, ceux qui ne peuvent s'obliger valablement ne peuvent,par cela même, valablement hypothéquer leurs biens." Il s'induirait de là, *à contrario*, que ceux au contraire qui peuvent s'obliger valablement pourraient par cela même conférer hypothèque ; et, en effet, on verra tout à l'heure (*infrà* nos 613 et 614) que le savant professeur raisonne d'après cette induction dans les applications qu'il fait de son principe. Or elle manque d'exactitude; car il est telles personnes (par exemple, le mineur émancipé, le mineur représenté par un tuteur, la femme séparée de biens) qui ont un droit d'administration dans les limites duquel les obligations qu'elles contractent sont parfaitement valables, mais qui, n'ayant pas la capacité d'*aliéner* leurs immeubles, n'auraient pas, par cela même, d'après le texte précis et très positif de notre article, la capacité de les *hypothéquer*. Nous posons donc en principe et en thèse générale que la capacité à l'effet de consentir hypothèque se règle (sauf de rares exceptions déterminées par la loi elle-même : voy. *infrà* nos 612 et 633) sur la capacité d'*aliéner* et non sur celle de *s'obliger*.

---

* 2 *Anc. Denisart*, *vo Hypothèque*, *no* 99, *p.* 664. } Les *hypothèques* créées par des mineurs ont lieu, lorsqu'ils les ont ratifiées en majorité, et les créanciers doivent être colloqués du jour de l'acte originaire, préférablement aux dettes hypothécaires contractées entre ce premier acte et la ratification ; parce que la nullité des engagemens des mineurs n'a pas lieu de droit, mais seulement en cas de restitution. Cela a été ainsi jugé par arrêt rendu le 30 mai 1665, rapporté par Ricard, sur l'article 135 de la coutume d'Amiens.

[ARTICLE 2038.]

2038. Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

2038. Persons whose right to an immoveable is suspended by a condition, or is determinable in certain cases, or is subject to rescission, can only grant hypothecs upon it which are subject to the same conditions or to the same rescission.

---

* *C. N.* 2125. } Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

---

* *ff. De pignoribus et hyp., L.* 11, § 2, *et L.* 31. } *L.* 11, § 2. Ususfructus an possit pignori hypothecæve dari, quæsitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet ? Et scribit Papinianus libro undecimo responsorum, tuendum creditorem : et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei jus uti frui invito se,* tali exceptione eum prætor tuebitur, *si non inter creditorem, et eum ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit.* Nam et cùm emptorem ususfructus tuetur prætor, cur non et creditorem tuebitur ? Eadem ratione, et debitori objicietur exceptio. (MARCIANUS).

L. 31. Lex vectigali fundo dicta erat, ut *si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat.* Posteà is fundus à possessore pignori datus est. Quæsitum est, an rectè pignori datus est ? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quæsiit, si cùm in exsolutione vectigalis tam debitor, quàm creditor cessassent, et propterea

pronunciatum esset, *fundum secundum legem domini esse*, cujus potior causa esset ? Respondit, si ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. (SCÆVOLA).

Ibidem.
Trad. de M. Hulot. } *L.* 11, § 2. On a demandé si on pouvoit hypothéquer l'usufruit d'une chose, soit qu'on en fût propriétaire, soit qu'on n'en fût qu'usufruitier ? Papinien écrit au livre onze des réponses, que le préteur doit en ce cas défendre le créancier. Et si le propriétaire veut intenter une action contre le créancier, en prétendant qu'il ne peut avoir le droit d'usufruit sur sa chose malgré lui, le préteur donnera au créancier une exception par laquelle il se défendra, en opposant qu'il y a entre lui et le maître de l'usufruit une convention en vertu de laquelle l'usufruit lui est engagé : car enfin, puisque le préteur défend celui à qui l'usufruit a été vendu, pourquoi ne défendroit-il pas le créancier à qui il a été engagé ? Par la même raison, le créancier pourra opposer une exception au débiteur lui-même. (MARCIEN).

L. 31. Un fonds avoit été vendu à rente foncière, sous la condition qu'il retourneroit à son ancien maître si la rente n'étoit pas payée pendant un certain temps. Le possesseur de ce fonds l'a engagé. On demande si le gage est valable ? Le jurisconsulte répond que le gage est valable s'il a été donné pour argent prêté. On a ensuite demandé si, dans le cas où le débiteur et le créancier ne payant point la rente, le juge auroit prononcé le retour du fonds à son premier maître, aux termes de la convention, à qui la préférence seroit accordée ? Le jurisconsulte répond que, suivant l'exposé, si le premier maître à qui on ne paye pas sa rente use de son droit, le gage s'évanouit. (SCÉVOLA).

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *De*
l'Hypoth., *n°* 45 *et s.* } 45. Pour pouvoir hypothéquer une chose, il ne suffit pas d'en être propriétaire, il faut avoir la faculté d'en disposer ; c'est pourquoi

les interdits, les femmes sous puissance de mari, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les mineurs ne peuvent pas hypothéquer leurs biens ; parce que, quoiqu'ils en soient les propriétaires, ils n'ont pas la faculté d'en disposer.

46. De là naît la question de savoir si, lorsqu'un mineur a contracté quelque engagement par acte devant notaires sous l'hypothèque de tous ses biens, et qu'il le ratifie en majorité, le créancier a hypothèque du jour de l'acte, ou seulement du jour de la ratification.

Il semblerait que le créancier ne devrait avoir hypothèque que du jour de la ratification, et non du jour de l'acte fait en minorité ; puisque, suivant ce que nous venons de dire, le mineur, n'ayant pas en ce temps la faculté de disposer de ses biens, ne pouvait pas les hypothéquer. Néanmoins, il faut décider que le créancier aura hypothèque du jour de l'acte fait en minorité. La raison est que la loi n'interdisant aux mineurs la faculté de disposer de leurs biens et de les hypothéquer que pour leurs propres intérêts, cette incapacité en laquelle ils sont d'en disposer et de les hypothéquer n'est pas une incapacité absolue mais relative à leurs intérêts : ils sont seulement incapables de disposer de leurs biens et de contracter sous l'hypothèque de ces mêmes biens, en tant que la disposition qu'ils auraient faite et l'engagement qu'ils auraient contracté leur serait désavantageux ; mais lorsqu'en ratifiant en majorité cet engagement, soit expressément, soit tacitement par le laps de dix ans, sans prendre de lettres contre, ils ont reconnu qu'il ne leur était point préjudiciable, l'acte et l'hypothèque dont il est accompagné doivent être regardés comme ayant été véritablement contractés, et par conséquent le créancier doit avoir hypothèque du jour de l'acte.

47. Il faudrait décider autrement à l'égard d'une femme mariée qui, pendant son mariage, se serait obligée par acte devant notaire sans être autorisée, et depuis son veuvage aurait ratifié cet acte, le créancier n'aurait d'hypothèque que du jour de la ratification ; encore faut-il que cette ratification se fasse aussi par acte devant notaire : il ne pourrait la pré-

tendre du jour de l'acte passé par la femme durant son mariage, parce que l'incapacité en laquelle est une femme mariée de contracter sans autorisation, est une inhabileté et une incapacité absolues, qui ne permettent pas que l'acte puisse être valide par la ratification, laquelle ne vaut que comme une nouvelle obligation ; ce qui est absolument nul, ne pouvant pas être confirmé.

48. Quoiqu'il n'y ait que le propriétaire de la chose qui la puisse hypothéquer, néanmoins lorsqu'un tuteur de mineurs, un curateur d'interdits, des fabriciens, des administrateurs d'hôpitaux, des syndics de communauté contractent en ces qualités, pourvu qu'ils n'excèdent point les bornes de leur administration, ils hypothèquent les biens de ces personnes dons ils ont l'administration; ce qui n'est pas contraire à notre proposition, car, lorsque ces tuteurs, curateurs et autres semblables administrateurs contractent dans lesdites qualités, ce ne sont pas tant eux qui contractent, que les personnes ou communautés dont ils ont l'administration, qui sont censées elles-mêmes contracter par leur ministère, et hypothéquer elles-mêmes, par le ministère de ces tuteurs, curateurs, leurs biens; c'est pourquoi, même en ce cas, c'est le propriétaire de la chose qui en constitue l'hypothèque.

49. Il en est de même lorsque mon fondé de procuration, sans sortir des bornes de cette procuration, contracte, en cette qualité, par acte devant notaire; il n'est pas douteux qu'il hypothèque mes biens aux engagements qu'il contracte en mon nom dans cette qualité ; mais c'est moi-même qui suis censé, par son ministère, contracter l'engagement, et hypothéquer mes biens en lui donnant ma procuration : j'ai par là, dès lors, consenti à l'engagement et à l'hypothèque qui en est l'accessoire.

50. *Quid*, Si quelqu'un, sans procuration et se faisant fort de moi, avait contracté en mon nom quelque engagement par acte devant notaire, et que par la suite je ratifiasse, le créancier pourrait-il prétendre hypothèque sur mes biens du jour du contrat, au préjudice de ceux qui auraient acquis des

hypothèques sur mes biens dans le temps intermédiaire entre le contrat et la ratification, ou s'il n'aurait hypothèque que du jour de la ratification ?

Il faut décider qu'il ne l'aura que du jour de la ratification. *Nec obstat* que les ratifications ont un effet rétroactif, suivant cette règle de droit : *Ratihabitio mandato comparatur. Qui mandat ipse fecisse videtur* : et, qu'en conséquence, ayant ratifié, c'est tout comme si le contrat avait été fait en vertu de ma procuration, et comme si j'avais contracté moi-même par le ministère de celui qui a contracté en mon nom ; car cet effet rétroactif n'a lieu qu'entre le créancier et moi qui ai ratifié ce qui a été fait en mon nom ; mais il ne peut avoir lieu au préjudice des tiers, qui ont acquis un droit d'hypothèque sur mes biens dans le temps intermédiaire ; car celui qui a contracté en mon nom, n'ayant aucune qualité pour pouvoir m'engager et hypothéquer mes biens, ils ne l'étaient point avant que j'eusse ratifié, et par conséquent je les ai valablement hypothéqués à ces créanciers intermédiaires, et il n'a pas dû dépendre de moi de les priver de ce droit d'hypothèque qui leur était acquis, en ratifiant un acte que j'étais le maître de ne pas ratifier.

51. Dans le cas de la convention d'hypothèque de biens présents et à venir, il est évident qu'il suffit que le débiteur, qui est convenu d'accorder cette hypothèque, soit devenu propriétaire des choses depuis la convention, pour qu'elles soient valablement hypothéquées ; mais lorsque la convention d'hypothèque était d'une chose certaine et spéciale, il fallait, suivant les principes du droit romain, pour que la convention fût valable, que le débiteur qui en accordait l'hypothèque en fût le propriétaire au temps de la convention, à moins que la convention n'eût été faite sous la condition, et au cas qu'il en deviendrait un jour le propriétaire. L. 15, § 1 ; L. 1, § 7, ff. *de pig. et hypoth.*

52. Quoique la convention d'hypothèque pure et simple d'une certaine chose ne fût pas valable, et que, lorsque le débiteur en devenait par la suite le propriétaire, l'hypothèque

n'en était pas pour cela validée: néanmoins les lois subvenaient de différentes manières au créancier contre le débiteur, soit en accordant à ce créancier la rétention de la chose, lorsqu'il s'en trouvait en possession, soit même en lui accordant une action utile contre ce débiteur qui l'avait trompé; sur quoi les lois font plusieurs distinctions dans lesquelles nous n'entrerons pas, parce qu'elles ne peuvent avoir d'application dans notre droit, suivant lequel toute convention d'hypothèque comprend toujours tous les biens présents et à venir. C'est pourquoi, dans notre droit, il faut tenir que toutes les fois que j'ai contracté par acte devant notaire, il suffit pour qu'un héritage soit hypothéqué que j'en sois devenu propriétaire depuis que j'ai contracté, quoique je ne le fusse pas dans ce temps.

53. Mais, quoique la convention d'hypothèque fût valable avant que je fusse propriétaire, néanmoins elle n'a son effet, et elle n'acquiert au créancier un droit d'hypothèque sur les biens que j'ai pu acquérir depuis, que du jour que je les ai acquis; car je ne peux transférer de droit que dans les choses qui m'appartiennent.

---

* *Héricourt, Vente d'imm.,* *p.* 222-3 } Si le Donateur impose pour condition d'une donation, qu'en cas de prédécès du Donataire sans enfans, le bien retournera au Donateur, le Donataire n'a qu'une proprieté conditionnelle, par conséquent l'hipoteque, dont il charge le bien qui lui a été donné, est résoluë de plein droit, si dans le cas de l'évenement de la condition prévuë, le Donateur rentre en possession en vertu de la condition attachée à sa libéralité.

Mais si le pere Donateur rentre dans le bien qu'il a donné, en vertu de la Loi qui lui accorde ce privilege, en cas que son enfant Donataire meure avant lui sans enfans, l'hipoteque, dont le bien a été chargé par le Donataire, est-elle éteinte ? Pour résoudre cette question, il faut examiner si la Loi défere ce bien au Donateur à titre de succession, ou à titre de retour ; s'il y rentre à titre de succession, comme

dans la Coutume de Paris, qui dit que les ascendans succedent aux choses par eux données à leurs enfans, décédans sans enfans, et descendans d'eux, il n'y a point de doute que le pere étant heritier des choses qu'il a données, ne doive contribuer aux charges de la succession à proportion de ce qu'il en profite, et que les hipoteques, dont le bien a été chargé par le fils Donateur, ne subsistent dans toutes leurs forces. Mais quand les Loix disent, comme il est marqué expressément dans le Droit Romain, que si le fils et la fille viennent à mourir sans descendans, le bien que leur pere leur a donné sera rendu, et retournera au Donateur, afin qu'il n'ait pas le double chagrin de perdre en même-tems ses enfans, et ce qu'il leur a donné, il reprend le bien sans aucune charge, parce qu'il ne vient point à titre d'heritier, mais en vertu d'une clause tacite de ces donations ; car on présume que le pere faisant une libéralité à ses enfans, dans la vûe de leur procurer un établissement et à leurs descendans, se seroit réservé de rentrer de plein droit dans le bien sans aucune charge, s'il avoit prévu le cas de la mort de son enfant sans descendans. Ce leger soulagement des peres de famille dans leur malheur, les excite à avoir plus de générosité dans l'établissement de leurs enfans. On est si convaincu aux Parlemens de Toulouse, de Bordeaux et de Grenoble, que c'est le véritable esprit du Droit Romain, qu'on y admet le droit de retour en faveur des ascendans Donateurs au préjudice des créanciers, comme le prouve l'Auteur des Observations sur Henrys. C'étoit aussi l'ancienne Jurisprudence du Parlement de Paris pour les Païs de Droit écrit de son ressort, si les Arrêts des Années 1575 et 1584, rapportés par Henrys, par Chopin, et par plusieurs autres Auteurs, et que Ricard dit avoir inutilement fait chercher dans les Registres du Parlement, sont véritables. Mais depuis ce tems-là une Jurisprudence contraire s'est établie, même dans les Tribunaux inférieurs des Païs de Droit écrit du ressort du Parlement de Paris ; les sentences renduës dans ces Tribunaux ont été confirmées par des Arrêts, qui ont engagé

Henrys lui-même à se déclarer contre son premier sentiment, et à suivre l'usage du Païs, que M. Bretonnier est obligé d'avouer, quoiqu'il le croye très-contraire aux véritables principes.

---

* 13 *Nouv. Denisart, v⁰ Hyp., Supplément, p.* 86. } *Et sub conditione res pignoratur.* (L. 13, § 5, D. *de pign. et hyppoth.*) *Quâ existante proindè habetur ac si stipulatio sine conditione esset.* (L. 11, § 1, D. *qui pot. in pign.*)

Voyez autorités sur art. 2037.

---

* 1 *Ferrière, Dict. de droit, v⁰ Hyp., p.* 902. } HYPOTEQUE, OU TOUT AUTRE DROIT CONSTITUÉ, SUR UN BIEN SUJET A RETOUR, EST ÉTEINT DE PLEIN DROIT, SI-TÔT QUE LE CAS DE RETOUR EST ARRIVÉ. Ce principe est certain, que le droit du cédant étant éteint, celui du cessionnaire ne peut plus subsister.

L'emphitéose nous en fournit un exemple. Celui qui tient un héritage à ce titre, s'Il a constitué dessus un hypoteque, une servitude, ou quelqu'autre droit réel, si-tôt que l'héritage est retourné au bailleur du fonds, cet héritage devient libre, et affranchi de toutes charges, hypoteques et servitudes imposées dessus par l'emphiteote.

La raison est, que *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, Lege vectigali fundo, ff. de pignorib. et hypot.*

Par la même raison, si un héritier chargé de fideicommis, impose, pendant sa jouissance, quelque charge ou hypoteque sur les biens, qui sont sujets à restitution, le cas du fideicommis étant arrivé, toute charge et tout droit d'hypoteque est éteint. Boyer, question 181.

On tient aussi, que le cas de la reversion arrivant, les biens retournent aux ascendants, libres de toutes charges et hypoteques qui auroient été imposés par le donataire. *Ferre-*

rius, ad decisionem 147. *Guidonis Papæ. Chopin, lib.* 3. *Consuetud. Andegavens. cap.* 1, *tit.* 4, *n.* 10. *Voyez* aussi la Peyrere, lettre R. et Meynard, livre 2, chapitre 91.

2039. Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

2039. The property of minors and interdicted persons, and that of absentees so long as it is only provisionally held, cannot be hypothecated otherwise than in virtue of judgments, or for the causes and subject to the formalities established by law.

---

* *C. N.* 2126. } Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

Lahaie, sur art. 2126 *C. N.* } ff, leg. 5, § 10, de reb. eor. qui sub tut., vel cur. sunt ; leg. 13, eod. tit.

(Voir loi du 11 brumaire an 7, tit. 1, ch. 1, art. 3, 10.)

(Merlin, Questions de droit, v. hypothèques, § 4.)

Pandectes françaises.— Il faut distinguer entre les mineurs impubères et les pubères. Les premiers ne peuvent absolument hypothéquer leurs biens sans l'autorité de leur famille et de la justice, parce qu'ils sont entièrement incapables de contracter ;— les seconds ne sont que dans une incapacité relative : leurs engagements ne sont pas nuls, mais vicieux. Ils peuvent bien, en invoquant le bénéfice de la restitution,

anéantir l'hypothèque avec l'obligation qui lui sert de base. Mais s'ils ne réclament pas dans le temps qui leur est accordé par la loi, leur silence est une ratification qui rend l'obligation et l'hypothèque valables.

Battur, Traité des priviléges et hypothèques, n. 184.— Les mineurs ne peuvent hypothéquer leurs immeubles, parce que, quoiqu'ils en soient propriétaires, il n'ont pas la faculté d'en disposer, et que l'hypothèque étant un principe d'aliénation, ne peut être accordée que par ceux qui ont le pouvoir d'aliéner. Cette impossibilité n'est pas absolue...Les mineurs frappés d'incapacité sont représentés dans la vie civile par leurs tuteurs, qui gèrent, administrent et agissent pour eux. (Art. 457 et 458 du Code civil.)

N. 186.— Les héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire des biens d'un absent, ne peuvent ni aliéner, ni hypothéquer les immeubles de l'absent (art. 128 du Code civil): d'où il suit que les créanciers de l'absent qui voudraient se procurer une garantie hypothécaire ne le pourraient qu'en poursuivant les héritiers présomptifs, en la qualité de contradicteurs légitimes (art. 134 du Code civil), et en obtenant une condamnation qui leur procurerait une hypothèque judiciaire. Troplong, hypothèques, n. 485, même opinion.

N. 195.— L'hypothèque consentie par celui qui est incapable d'aliéner, quel qu'il soit, est essentiellement nulle. La ratification tacite ou expresse du débiteur, faite en temps utile, ne peut jamais la faire rétroagir, et l'inscription à laquelle est attachée l'existence de cette hypothèque ne peut être prise qu'en vertu de l'acte de ratification, et ne peut conséquemment avoir une date antérieure.

Favard, hypothèques, sect. 2, § 3, n. 5. — Cet article comprend dans sa disposition les biens d'un absent dont les héritiers présomptifs ont été envoyés en possession provisoire.— Ces biens ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle (art. 128 du Code civil): mais ils sont susceptibles de l'hypothèque judiciaire. (Art. 134 du Code civil.)

[ARTICLE 2039.]

Dalloz, hypothèques, ch. 2, sect. 4, art. 1, n. 5. — L'état de minorité ou d'interdiction est tout-à-fait indifférent, lorsqu'il s'agit d'hypothèques légales ou judiciaires, parce que ces hypothèques s'impriment sur les biens du débiteur sans sa participation.

Troplong, hypothèques, n. 487.— Je passe à la question si importante et si controversée de savoir si, lorsqu'une hypothèque consentie par un incapable est *ratifiée* par lui, lorsque son incapacité cesse, elle doit compter du jour de la ratification, ou bien si cette ratification produit un *effet rétroactif*, et valide le contrat à l'époque de sa *date*.

N. 491.— MM. Grenier, Merlin et Toullier ont traité la question. Le premier pense que la ratification ne *nuit pas* aux *tiers*, et que l'hypothèque ne *peut prendre naissance que du jour de la ratification* (t. 1, n. 42 et suiv.)

Au contraire, MM. Merlin et Toullier sont d'avis que l'hypothèque prend naissance depuis le contrat primitif. (Questions de droit, § 4, hypothèques ; Droit civil, t. 7, n. 565.)

C'est à cette seconde opinion que je me range, quoique je n'adopte pas toutes les propositions des deux auteurs.

Nota. L'opinion de M. Grenier a été adoptée par M. Dalloz, hypothèques, p. 190 ; elle est professée par M. Persil, article 2124, n. 12, et par M. Delvincourt, t. 3, n. 6, p. 159.

N. 492.—Par le droit français, comme par le droit romain, l'hypothèque consentie par un mineur, sans les formalités voulues par la loi, est nulle *ipso jure*, et il peut faire prononcer cette nullité par les tribunaux, sans prouver aucune lésion.

---

* 15 *Pand. frs., sur art.* 2126 *C. N.* } 175. A l'égard des mineurs, il faut distinguer entre les impubères et les pubères. Les premiers ne peuvent absolument hypothéquer leurs biens sans l'autorité de leur famille et de la Justice, parce qu'ils sont absolument incapables de contracter. Ils n'ont encore ni discernement ni volonté.

Les seconds ne sont pas dans une incapacité absolue, mais

seulement relative. Leurs engagemens ne sont pas nuls, mais vicieux. Ils sont obligés. Ils peuvent seulement invoquer le bénéfice de la restitution. S'ils le font, l'hypothèque s'anéantit avec l'obligation qui lui sert de base.

Mais s'ils ne réclament pas dans le tems qui leur est accordé par la Loi pour le faire, leur silence est une ratification qui rend l'obligation valable dès son origine, et, par conséquent, l'hypothèque qui y est jointe.

176. Quant aux absens, le Code civil ne prescrit aucune formalité pour l'hypothèque de leurs biens. On trouve seulement au titre où il en est traité, un article qui porte que tous ceux qui ne jouiront de leurs biens qu'en vertu d'un envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. C'est une suite d'un article précédent, où il est dit que la possession provisoire de ces biens ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui en cas qu'il reparaisse.

La défense d'hypothéquer les biens de l'absent est donc absolue. Il n'y a aucun cas où l'on puisse le faire, ni aucune formalité à remplir pour y parvenir.

Ainsi, ce qui est dit ici des absens, paraît inutile.

On objectera peut-être qu'il peut survenir des réparations nécessaires à faire aux biens. Mais la Loi qui ne prévoit pas ce cas, ne prescrit rien. Les envoyés en possession provisoire qui feront ces réparations, auront l'action qui appartient à tous ceux qui ont conservé et amélioré la chose d'autrui, ainsi que le privilége qui y est attaché.

Ils feront bien de faire constater la nécessité et le montant de ces réparations, mais la Loi ne les y oblige pas. Elle ne leur prescrit rien.

177. L'article que nous examinons excepte de la règle qu'il établit relativement aux mineurs et aux absens, le cas des Jugemens.

Ils produisent en effet l'hypothèque sur leurs immeubles indépendamment de leur consentement et de toute formalité.

Il en est de même de l'hypothèque légale. Elle a lieu sur les biens des mineurs de plein droit, comme sur ceux des majeurs. Elle est un effet de l'action et de l'autorité même de la Loi.

2040. L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte en forme authentique, sauf les cas spécifiés en l'article qui suit.

2040. Conventional hypothec cannot be granted otherwise than by acts in authentic form; except in the cases specified in the following article.

---

* *C. N.* 2127. } L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 37, *s.* 58. } Pour assurer le paiement des deniers placés sur des immeubles possédés en franc et commun soccage dans aucune partie du Bas Canada, ou dans les comtés de Missisquoi, Shefford, Stanstead, Sherbrooke et Drummond (tels qu'ils étaient bornés avant la passation de l'acte 7 V. c. 22) que ces immeubles soient régis par la dite tenure, ou toute autre tenure que ce soit,—la simple reconnaissance d'une dette, faite et reçue devant deux témoins, indiquant clairement l'intention d'hypothéquer un immeuble, sera une hypothèque valable de l'immeuble y désigné dont la partie créant l'hypothèque sera alors saisie comme propriétaire, et la dite hypothèque donnera à celui en faveur de qui elle est créée, le même droit et privilége que si elle eût été passée devant notaires suivant les lois du Bas Canada, et la dite hypothèque pourra être dans les termes suivants, ou autres semblables :

Je, A. B., de , reconnais par le présent devoir bien et légitimement à R. J. de , la somme *de* payable (*désignez ici les termes de paiement*,) et pour mieux en assurer le paiement, j'hypothèque

par le présent tout le (morceau, lopin *ou* lot de terre) sis et situé dans (*désignez ici la propriété*), ensemble avec toute et chaque maison, bâtiment, circonstances et dépendances,

(*selon le cas*) en faveur du dit R. J., ses hoirs et ayants cause. En foi de quoi j'ai apposé mon seing et sceau au présent, à , dan , de , le jour de , de l'année

A. B. [L. S.]

Signé, scellé et passé en présence de

C. D.,
G. H. 7 V. c. 22, s. 11. *Et voir aussi* c. 35, s. 3, etc.

---

* 2 *Lamoignon, Recueil, p.* 120 *et s.* } Il est une question fort controversée, c'est celle qui concerne l'hypothèque des contrats passés et des jugemens rendus hors le royaume. Les arrêts et les auteurs se combattent sur cet objet.

Les uns pensent que, comme les contrats sont du droit des gens, et qu'ils sont formés par le seul consentement des parties, ils peuvent valoir en quelque lieu qu'ils soient passés. Mais comme l'hypothèque ne dépend pas de leur consentement, et ne peut être établie qu'en vertu de l'autorité publique, l'autorité seule du prince la peut donner par le ministère de ses officiers.

D'autres conviennent qu'à la vérité les contrats passés hors du royaume, n'y ont pas d'exécution parée, parce que la puissance *juris dicendi et juris faciendi* dépend du roi. Mais, disent-ils, après la reconnoissance, ou le jugement, l'hypothèque doit remonter au jour du contrat, quoique passé en pays étranger, parce qu'il est de l'intérêt du royaume que la foi du commerce ne soit pas violée.

Il en est enfin qui distinguent les contrats de mariage et les actes de tutelle, des autres contrats. Les premiers pro-

duisent une hypothèque légale, qui est du droit des gens, et même du droit naturel : ainsi ils doivent avoir hypothèque pour le douaire et pour la dot. *Eas obligationes quæ naturalem præstationem habere intelliguntur palàm est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et æquum concepta est, nihilominùs durat, etiam post capitis deminutionem. L. 8, ff. de cap. min.* On trouve, dans nos auteurs, plusieurs arrêts qui l'ont jugé de la sorte ; et quelques-uns disent que les contrats et obligations reçus aux pays étrangers, *etiam inter populos fœderatos*, ne sont pas exécutoires en France, pour l'hypothèque, au préjudice d'un citoyen qui auroit la sienne, fondée sur un contrat public. Il faut remarquer qu'il ne s'agit que de l'hypothèque, et non pas de l'obligation en elle-même, qui suit le débiteur par-tout, attendu qu'il ne peut pas revenir contre son propre fait.

Goujet qui, dans son traité des hypothèques, rejette l'hypothèque des actes passés en pays étranger, excepte cependant la dot, *quæ naturalem præstationem habet;* et il rapporte des arrêts qui l'ont ainsi jugé. D'autres auteurs assurent affirmativement que les contrats passés hors le royaume, même les contrats de mariage, quoique dépendant du droit des gens, ni les actes de tutelle, n'emportent hypothèque, ni expresse, ni tacite sur les biens situés en France.

Enfin cette question est fort controversée par les auteurs, et différemment jugée par les arrêts. Il serait donc bon de prendre un parti, et de la fixer par une loi générale.

Il est certain qu'un homme qui s'est légitimement et légalement obligé, est obligé dans tous les pays, et que son obligation le suit, quelque part qu'il aille. Mais cette obligation affecte-t-elle des biens qui ne sont point situés dans la domination du souverain sous l'autorité duquel l'obligation a été contractée ? Il semble que l'affirmative établiroit une règle contraire au droit des gens, qui ne permet pas que l'autorité d'un souverain s'étende au-delà des bornes de sa domination. Outre qu'il n'est pas juste que l'on donne des loix où l'on n'a

point d'empire, cette extension de pouvoir, si elle étoit admise, occasionneroit un cahos de législation qui mettroit tout en confusion dans les états. On ne peut punir ni faire punir un brigand, un assassin public qui s'est retiré en pays étranger ; et on donneroit la faculté à un officier étranger de soumettre, par un simple acte, les héritages situés dans le royaume, aux ravages des saisies !

D'ailleurs, à combien de fraudes une pareille règle ne donneroit-elle pas lieu ? Que de contrats ignorés, parce qu'ils seroient passés en pays étranger, donneroient matière au stellionat le plus caractérisé et le plus dangereux !

Il paroît donc utile, et même nécessaire de refuser toute hypothèque aux actes passés en pays étranger.

Il est encore deux cas qui méritent d'être considérés. Une succession devient vacante par la renonciation de tous les héritiers. Un créancier, porteur d'une simple cédule, en poursuit le paiement, et obtient condamnation contre le curateur à la succession vacante. Cette condamnation prononcée contre un homme *de paille*, comme on dit, et qui n'a aucun intérêt à la succession, donne-t-elle hypothèque au créancier ? Il est bon, pour éviter autant qu'il est possible, la collusion criminelle qui pourroit être entre le débiteur et ce curateur, de distinguer les sentences par défaut, de celles qui sont contradictoires, de refuser l'hypothèque aux premières, et de l'accorder aux autres.

---

* 9 *Nouv. Denisart*, v° *Hyp.* § *III*, s. 4, *p.* 759 *et s.* } SECT. 4. *Les contrats passés en pays étrangers produisent-ils hypotheque sur les biens situés en France?*

15. On se rappelle que nous avons établi au § 1, que la puissance publique est le principe productif de l'hypotheque. D'après cela il est facile de se déterminer sur la question qui fait l'objet de cette section.

Il faut d'abord convenir que si ces contrats sont revêtus des conditions requises pour l'authenticité dans le lieu où ils

ont été passés, ils porteront en tous les pays du monde leur authenticité. En effet il est du droit des gens que ce qui est authentique dans un pays, le soit chez toutes les nations. La nécessité du commerce qui exige que les personnes d'une nation contractent avec celles d'une autre, exige aussi qu'il ait dans chaque royaume des moyens établis pour assurer la vérité des conventions. Car comment un étranger s'exposeroit-il à contracter dans son pays avec un françois, si jamais il ne pouvoit apporter de preuve capable de faire foi contre ce françois, ni le poursuivre avec un titre utile ?

Obliger l'étranger à rapporter d'autre preuve que celle qui est authentique, au lieu du contrat, ce seroit lui interdire l'usage des conventions. N'admettre d'autre preuve que celle qui se tire de l'écriture même des parties, ce seroit d'abord interdire le commerce à tous ceux qui ne savent pas écrire, et ensuite mettre l'étranger dans la nécessité d'avoir toujours son titre dans sa main, sans pouvoir le mettre en sûreté dans aucun dépôt public. A la vérité c'est au droit civil de chaque nation à déterminer les conditions ou formalités, par lesquelles l'authenticité peut être acquise aux actes qui se passent dans son territoire ; mais ces formalités une fois déterminées, les actes qui en sont revêtus doivent avoir dans toutes les nations la foi due à leur authenticité.

Si l'hypotheque étoit un effet du droit des gens ainsi que l'authenticité, on ne pourroit douter que les contrats passés en pays étrangers n'emportassent hypotheque. Mais nous avons déjà montré que la simplicité du droit des gens repugne avec une fiction telle que celle que l'hypotheque renferme. La possession est le seul signe par lequel le droit des gens distingue ceux qui ont droit sur une chose, et le seul moyen pour acquérir cette possession essentielle pour avoir droit sur la chose, est la tradition réelle et corporelle de cette chose. Toutes autres manieres d'acquérir droit sur les choses, ne peuvent être que des inventions de chaque nation en particulier ; inventions qui par conséquent sont à chacune d'elles.

Or l'hypotheque est un droit réel, non-seulement qui s'acquiert sans appréhension de fait, et se conserve sans aucune possession de la chose hypothéquée, mais qui exclut même toute idée de possession, et la suppose entre les mains d'un autre. Il ne se peut donc pas que l'hypotheque appartienne au droit des gens.

Si l'hypotheque appartient au droit civil, et est un droit propre à chaque nation, les contrats passés en pays étranger de quelqu'authenticité qu'ils soient revêtus, ne peuvent produire d'hypotheque en France, qu'autant qu'ils seront revêtus de la condition spécialement requise par le droit françois pour la formation de l'hypotheque.

Quelle est la condition requise par notre droit françois pour la formation de l'hypotheque? C'est l'accession de l'autorité publique. Or, il est de principe que l'autorité publique dont chaque souverain est revêtu, ne peut s'étendre au-delà des limites de son territoire; que le pouvoir que chaque puissance communique aux officiers qu'elle institue, reçoit aussi les mêmes limites et cesse au même endroit. Par conséquent la force d'autorité publique dont les contrats passés en pays étranger peuvent être revêtus, doit, pour ainsi dire, se perdre sur la frontière, et ne peut en France produire aucun effet en faveur de ces actes.

Pour que ces actes eussent en France quelqu'autorité publique, il faudroit que l'on pût penser que la nation eût communiqué l'autorité publique qui réside en elle, aux officiers des puissances étrangeres, ainsi qu'elle l'a communiquée à ses propres officiers. Il faut donc conclure que les contrats passés en pays étranger manquent de la condition spécialement requise par notre droit françois, pour la formation de l'hypotheque, et par conséquent qu'ils n'en peuvent produire aucune en France.

On dira peut-être, que si la nécessité du commerce exige que l'on puisse facilement contracter en pays étranger, la même nécessité exige que l'on puisse aussi donner des sûretés pour l'exécution des engagements que l'on y contracte;

et que par cette raison l'hypothèque n'est pas moins un effet du droit des gens que l'authenticité. Mais on sent facilement, que l'obligation réelle n'est point essentielle aux conventions; que ce n'est qu'un accessoire, sans lequel elles peuvent subsister. Et en effet, l'hypotheque a été long-temps inconnue des Romains; elle l'a été long-temps des premiers François: et il y a peut-être encore bien des états policés, où elle n'est point en usage. Il y a bien de la différence entre ce qui est de la nécessité du commerce, et ce qui est de simple utilité. L'authenticité des contrats est de nécessité, puisque sans elle il seroit impossible que les membres d'une nation contractassent avec ceux d'une autre nation; il est très-facile que des conventions subsistent, et s'exécutent, sans qu'elles soient munies de l'avantage de l'hypotheque.

Quelques auteurs, sur la question proposée, ont cru que l'on pouvoit distinguer les contrats de mariage passés en pays étranger, d'avec les autres contrats. Il faut convenir que les contrats de mariage ont une faveur singulière. Mais cette faveur ne peut être portée jusqu'à faire fléchir les regles du droit public, qui demandent l'accession d'une autorité légitime pour la constitution de l'hypotheque.

Ce qui a donné lieu à cette distinction, ce sont quelques arrêts, par lesquels des femmes mariées en pays étranger ont été colloquées dans l'ordre des biens de leurs maris pour raison de leurs deniers dotaux. Mais pour avoir l'intelligence de ces arrêts il suffit de savoir, que parmi nous la femme a une hypotheque légale, indépendante de tout contrat, sur les biens de son mari, du jour de la célébration du mariage pour la restitution de sa dot. Cette hypotheque légale pour la dot, tire son origine du droit romain en la loi unique au code, *de rei uxor. act.* et en la loi *assiduis*, *cod.*, *qui potiores*. Si dans les especes des arrêts opposés, quelques femmes mariées en pays étranger ont été colloquées hypothécairement pour leurs deniers dotaux, ce n'a pas été en vertu de leur contract de mariage, mais par la force de la loi seule indépendamment d'aucun contract, et en conséquence de la seule célé-

bration. Aussi ne voit-on pas, que par ces arrêts les femmes ayent été colloquées du jour de leur contract, mais seulement du jour de la célébration, ni qu'elles ayent été colloquées pour tous leurs droits indistinctement. La restitution de leur dot, pour laquelle la femme a une hypotheque légale, a été le seul objet des condamnations hypothécaires que les arrêts ont prononcées, sans que l'on ait jamais accordé d'hypotheques aux femmes mariées en pays étranger pour tous leurs autres droits, comme donation, douaire préfix, préciput et autres gains nuptiaux pour lesquels il n'y a point d'hypotheque légale. C'est donc une regle générale et absolue, que tous contrats passés en pays étranger n'emportent par eux-mêmes aucune hypotheque.

La question s'est présentée au parlement en 1737, et par arrêt rendu le 23 août en la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Choles de Torpane, la cour a jugé qu'un contract de mariage passé à Liége n'avoit pu donner aucune hypotheque sur des biens situés en France : *Jugés*, *fol.* 1-51, *n*o 1, *coté* 1070.

L'espece de cet arrêt est rapportée avec détails dans le Répertoire, édit. in-4°, *tom.* 8, *pag.* 639-645.

Depuis, la même question s'étant élevée entre la princesse de Carignan et les créanciers de son mari, cette princesse prétendit que son contrat de mariage, passé à Turin, lui donnoit une hypotheque sur les biens situés en France, du jour du contrat ; et cela fut ainsi jugé au parlement de Paris, en la troisieme chambre des enquêtes, par arrêt rendu le 3 août 1744, conformément à un acte de notoriété donné par M. le lieutenant civil le Camus, en date du 17 août 1702. *Plaidoyeries*, *fol.* 123-136, *n*o 5, *coté* 2763.

Mais les créanciers du prince de Carignan s'étant pourvus en cassation, l'arrêt du parlement a été cassé par un arrêt du conseil rendu le 18 mars 1748.

M. Gilbert de Voisins étoit du nombre des commissaires qui ont rendu ce dernier arrêt, après une instruction très-étendue.

L'ordonnance de 1629, *art.* 121 porte : " les jugements rendus, contrats ou obligations reçus, ès royaumes et souverainetés étrangeres, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypotheque ni exécution en notre royaume. Ainsi tiendront les contrats lieu de simples promesses ; et nonobstant les jugemens nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers et par devant nos officiers."

D'après les termes de cet article la question ne peut pas souffrir difficulté dans les parlemens, où cette ordonnance a été enregistrée sans qu'il ait été fait de modifications sur l'article dont il s'agit. De ce nombre sont les parlemens de Toulouse, de Grenoble et de Bordeaux.

L'ordonnance de 1629 a été enregistrée aussi au parlement de Dijon. Mais l'arrêt d'enregistrement a fait une modification sur l'article 21 en ces termes : " cet article n'aura lieu en cette province, d'autant qu'elle confine ès pays de Savoie, Suisse, Genève, Lorraine, comté de Bourgogne et cité de Besançon, et que, s'il étoit observé, les susdits voisins useroient du même droit dans leur pays, ce qu'ils n'ont fait jusqu'à présent ; et par ce moyen les sujets de sa majesté en ce ressort seroient privés de tout commerce, mais particulièrement au regard de ceux dudit comté de Bourgogne et cité de Besançon à cause de la neutralité qui est entre les deux Bourgognes et que ceux du comté ne sont tenus pour aubains, regnicoles, recueillent toutes successions audit duché, comme au semblable les sujets du roi audit comté " : Traité des Criés, par Thibault, *pag.* 266.

Suivant la jurisprudence du parlement de Provence, les contrats de mariage passés en pays étranger produisent hypotheque en France. Cette cour l'a ainsi jugé par des arrêts du 22 juin 1729 et du   juin 1730. Les gens du roi près la même cour ont attesté cette jurisprudence par un acte de notoriété, qu'ils ont donné à la princesse de Carignan le 15 novembre 1745.

16. On demande si les contrats passés en pays étranger, ne

doivent pas du moins produire hypotheque en France, lorsque les créanciers qui ont intérêt de contester l'hypotheque sont eux-mêmes du pays où le contrat a été passé. D'un côté l'on peut dire que les créanciers qui contestent l'hypotheque étant soumis aux loix du lieu où l'acte a été passé, doivent accorder à cet acte autant de force qu'il en auroit dans leur pays.

Mais d'un autre côté on peut faire valoir le principe, que ce qui est nul ne peut produire aucun effet. L'hypotheque n'ayant pas été imprimée sur les biens situés en France, par le défaut de l'accession de l'autorité publique qui est seule reconnue dans le royaume, il est impossible que cette hypotheque existe aux yeux de la loi. Quelle que soit la personne qui se présente pour réclamer l'hypotheque ou pour la contester, le jugement doit donc être le même. Ces dernieres raisons nous semblent décisives.

Il est aisé d'écarter les deux autorités qu'on a citées dans la derniere édition de cet ouvrage pour l'opinion contraire. La premiere est un arrêt du 3 juillet 1722, rapporté sous la date incertaine du mois de juin. Cet arrêt a été rendu entre Antoine Pescher, marchand à Geneve, et les nommés Raymond et Signorin, suisses, au rapport de M. le Boindre : *Conseil, fol.* 245-256, *n°* 1, *coté* 1946. Antoine Pescher, qui avoit fait exécuter contre ses adversaires, en vertu d'un *parcatis* d'un juge françois, une sentence rendue à Geneve, gagna, a-t-on dit, son procès. Mais, a-t-on ajouté, comme il y avoit des circonstances particulieres dans cette affaire, il n'est pas possible de dire si c'est le point de droit ou bien ces circonstances qui ont déterminé les juges.

La même question a été encore traitée au parlement de Paris, a-t-on dit dans la même édition, entre les Rhingraves de Salm héritiers de Côme-Hyacinthe Spinola, et d'autres héritiers rélativement à la liquidation de leurs droits dans cette succession ; et on est convenu de part et d'autre, que la maxime suivant laquelle les jugemens rendus et les contrats passés en pays étrangers ne sont pas exécutoires en France,

n'a lieu qu'en faveur des regnicoles, mais qu'elle cesse entre étrangers, lesquels sont obligés par-tout en vertu de ces actes.

Pour faire tomber cette autorité, nous observons que l'on ne voit pas précisément qu'il y eut une question d'hypotheque à décider dans la succession ; et que d'ailleurs dans cette succession il pouvoit y avoir des biens situés tant en pays étranger qu'en France ; ce qui a pu forcer ceux qui auroient eu droit de contester l'hypotheque sur les biens de France à renoncer à leur droit.

17. On trouve dans la Gazette des tribunaux, *tom 4, pag.* 278-280, l'espéce d'un arrêt rendu le 6 septembre 1777 en faveur de la dame de saint Cydroine mariée en Angleterre ; par lequel il a été accordé à cette femme hypotheque sur les biens de son mari situés en France, du jour de la célébration de son mariage. *Non trouvé sur les registres ; on ne sait pourquoi.*

Le motif de cet arrêt, rendu conformément aux conclusions de M. l'avocat-général Seguier, a été que le mariage est un contrat du droit des gens, qui a son exécution par-tout, et que c'est en vertu de la loi, et non en vertu d'une convention, que l'on donne hypotheque aux femmes sur les biens de leur mari pour la restitution de leur dot.

---

* 15 *Pand. frs., sur art.* 2127 *C. N.* } 178. Sur les caractères de l'authenticité, voyez ce que nous avons dit au Titre des contrats et obligations conventionnelles.

La règle de notre Droit français qui exigeait l'authenticité du titre pour lui faire produire l'hypothèque, portait sur deux raisons. L'une, qu'elle résultait de la forme même de l'acte par l'autorité de la Loi, indépendamment de la convention ; l'autre, qu'elle remontait au jour de l'acte, et qu'en conséquence il devait avoir une date certaine.

Maintenant que toute hypothèque conventionnelle doit être expressément stipulée, et qu'elle n'a rang que par la

formalité de l'inscription du jour qu'elle est faite, on ne voit pas de véritable motif d'exiger l'authenticité.

Quoi qu'il en soit, il résulte de cet article que la convention seule ne suffit pas pour établir l'hypothèque. Il faut que l'autorité de la Loi se joigne par la forme du titre à la volonté de l'homme et concoure avec elle.

Il suit de là que l'on ne peut pas donner une hypothèque par un engagement dont le titre est un acte sous seing-privé; et que ces clauses qu'on y rencontre si souvent, que l'obligé hypothèque tel immeuble, ou tous ses biens présens et à venir, sont parfaitement vaines et inutiles.

179. Lors de la lecture au Conseil de cette disposition, M. le Conseiller d'Etat Duchatel a demandé que l'on attribuât à la reconnaissance de la signature faite devant Notaires, la même force qu'à celle faite en jugement.

M. Treilhard a répondu que les actes sous seing-privé ainsi reconnus, deviennent des actes devant Notaires, pourvu que la reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre lesquels ils font preuve ; que s'ils n'étaient déposés que par l'une des parties, à moins que ce ne fût le débiteur, la reconnaissance ne serait pas complète.

Cette réponse ne résout pas la question, qui est de savoir si cette reconnaissance produira l'hypothèque comme celle faite en jugement. Autrefois l'affirmative ne faisait aucune difficulté, parce que l'authenticité du titre suffisait pour cela, et que l'acte sous seing-privé acquérait ce caractère par la reconnaissance faite en cette forme. Il n'en est pas de même aujourd'hui que l'authenticité doit être jointe à la convention.

M. Berlier a dit que l'acte notarié *donne ouverture à l'hypothèque*, et que dès le moment de la reconnaissance, elle peut être acquise en observant les formalités prescrites par la Loi.

Qu'a-t-on voulu dire par cette proposition que l'*acte notarié donne ouverture à l'hypothèque ?* Est-ce qu'elle naît naturellement de cet acte, en sorte que la formalité à observer ne

soit plus que l'inscription ? La Loi décide textuellement le contraire en l'article 2129 ci-après.

Il est certain que si l'acte sous seing-privé ne contient pas la stipulation de l'hypothèque, la reconnaissance faite devant Notaires ne suffira pas seule pour la produire ; et il est très-douteux qu'elle ait cet effet, quand même la convention d'hypothèque se trouverait dans l'acte reconnu. Si elle est générale, elle est inutile ; si elle est spéciale, elle est nulle, comme étant consentie par un titre incapable de la recevoir. Si elle n'est pas répétée dans l'acte de reconnaissance qui est véritablement le seul authentique, par quelle raison deviendrait-elle valable, puisque ce caractère ne suffit plus pour l'attribuer et la faire naître ?

2041. L'hypothèque sur des immeubles possédés en franc et commun soccage, et ceux dans les comtés de Missisquoi, Shefford, Stanstead, Sherbrooke et Drummond, quelle qu'en soit la tenure, peut aussi être consentie en la forme indiquée par la section cinquante-huitième du chapitre 37 des Statuts Refondus pour le Bas-Canada.

2041. Hypothecs upon lands held in free and common soccage, and those upon lands in the counties of Missisquoi, Shefford, Stanstead, Sherbrooke and Drummond, whatever may be their tenure, may also be created in the form specified in the fifty-eight section of chapter thirty-seven of the Consolidated Statutes for Lower Canada.

2042. L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'en autant que l'acte désigne spécialement l'im-

2042. Conventional hypothecs are not valid unless the deed specially describes the immoveable

meuble hypothéqué, avec mention des tenants et aboutissants, du numéro ou du nom sous lequel il est connu, ou du numéro de l'immeuble sur le plan et le livre de renvoi du bureau d'enregistrement, si tel plan et livre de renvoi existent.

hypothecated, with a designation of the conterminous lands, of the number or name under which it is known, or of its number upon the plan and book of reference of the registry office, if such plan and book of reference exist.

---

* *C. N.* 2129. } Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, cités sur art. 2025.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 37, *s.* 74. } Le numéro d'un lot ou lopin de terre quelconque sur le plan et le Livre de Renvoi d'un endroit quelconque, après leur dépôt au bureau du régistrateur qu'il appartient, sera la vraie désignation de tel lot ou lopin de terre et en sera toujours une description suffisante dans tout acte, pièce ou document quelconque,—et tout lot ou lopin, formé de partie de tel lot ou lopin numéroté, sera suffisamment désigné comme en faisant partie, en désignant à quelle partie il appartient, et donnant ses tenants et aboutissants—et s'il est composé de partie de plus

d'un tel lot ou lopin numéroté, alors il sera suffisamment désigné comme étant ainsi composé, en désignant quelles parties de chaque lot numéroté il contient :

2. Il sera du devoir des notaires passant des actes concernant des lots ou lopins de terre, dans aucun endroit pour lequel un plan et un Livre de Renvoi ont été déposés dans le bureau du régistrateur qu'il appartient, de les décrire, autant que possible, en renvoyant comme ci-dessus aux numéros dans tel plan et tel livre, et si tel lot ou lopin ne comprend pas la totalité d'un lot portant un numéro dans tel plan ou livre, alors d'énoncer quelle partie ou parties d'un ou de plus d'un de ces lots numérotés il contient ; et il sera du devoir du régistrateur de constater, autant que possible, de quels lots ou lopins de terre numérotés, chaque lot ou lopin de terre, affecté par aucun acte ou instrument enregistré dans son bureau, et qui n'est pas ainsi décrit, est composé ;

3. Si dans tout acte de cette espèce ou autre instrument ou document qui doit être enregistré, il n'y a pas de description de l'immeuble auquel il se rapporte en renvoyant à un lot numéroté ou à des lots numérotés sur le plan et le Livre de Renvoi, déposés dans le bureau d'enregistrement du comté ou de la division d'enregistrement pour l'endroit où est situé le dit immeuble, il sera du devoir de la partie, faisant enregistrer tel acte, instrument ou document, de déposer, au bureau du régistrateur, un avis contenant telle description comme ci-dessus,—et l'enregistrement de tel acte, instrument ou document ne sera pas censé complet ou n'affectera pas l'immeuble y mentionné, avant que tel avis ne soit déposé, d'après la formule Q de la cédule annexée au présent acte ou au même effet ;

4. Et nulle description d'un immeuble dans tout avis de demande en ratification de titre, avis de vente par le shérif, ou avis de vente par licitation forcée, ne sera censée suffisante si elle n'est telle que requise par la présente section, pour les fins d'enregistrement. 23 V. c. 59, s. 34.

* *De Bellefeuille, sur art. 2042 C. C. B. C., p.* 548. } Amend.—*L'acte Q.* 40 *Vict., c.* 17, *s.* 1, *contient ce qui suit :*

" L'article 2042 du Code civil du Bas-Canada est amendé, en ajoutant avant les mots : " du numéro ou du nom sous lequel il est connu," le mot " ou," et après les dits mots les suivants : " ou du lot et du rang, ou partie du lot et du rang."

En sorte que l'article 2042, tel qu'amendé, devra se lire comme suit :

L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'en autant que l'acte désigne spécialement l'immeuble hypothéqué, avec mention des tenants et aboutissants, ou du numéro ou du nom sous lequel il est connu, ou du lot et du rang, ou partie du lot et du rang, ou du numéro de l'immeuble sur le plan et le livre de renvoi du bureau d'enregistrement, si tel plan et livre de renvoi existent.

Jurisp.—The designation of the conterminous lands (*tenants et aboutissants*) required by article 2042 of the Civil Code is not *à peine de nullité*, but is required only so that third parties may have a perfect knowledge of the land hypothecated; and provided that the land be sufficiently indicated, a mention of its boundaries is not absolutely necessary.— Frizzel vs. Hall, II Q. L. R., 373.

---

* 15 *Pand. frs., sur art.* 2129 *C. N.* } 181. Ainsi le titre, même authentique, ne suffit plus seul. Il ne faut plus croire avoir une hypothèque parce que l'on a un titre devant Notaires. Elle doit être expressément accordée. La clause d'usage que les parties hypothèquent à l'exclusion de leur obligation tous leurs biens, serait sans effet. Il faut absolument qu'elle porte sur des objets désignés, et dont la situation soit indiquée ainsi que la nature.

Constituée de cette manière, elle peut être accordée, soit en même-tems que l'obligalion est contractée, si elle l'est par un titre authentique, soit postérieurement ; pourvu que ce

soit par un titre revêtu de la même forme. Ainsi, quoique l'obligation soit contractée devant Notaires, on ne pourrait pas y ajouter l'hypothèque par un acte sous seing-privé.

Au contraire, on peut très-bien, par un acte authentique, donner l'hypothèque pour une créance portée par un acte privé.

182. Le débiteur ne peut hypothéquer que les biens qui lui appartiennent. C'est un principe de Droit commun. Il ne peut hypothéquer que ceux qui lui appartiennent au moment qu'il accorde ce droit. Il ne peut pas, comme dans le Droit Romain, hypothéquer ceux qu'il n'a point encore, sous la condition qu'il en acquerra par la suite la propriété. Il ne peut plus, comme autrefois, hypothéquer ses biens à venir. Sa faculté, à cet égard, est restreinte aux biens dont il est actuellement propriétaire.

M. Tyssandier, dans son Traité des Hypothèques, avance ici une proposition bien extraordinaire, dont il ne donne d'autre garant que son assertion.

Après avoir dit que l'on entend par immeubles présens, non-seulement ceux qu'une personne possède elle-même, mais aussi ceux que des tiers possèdent pour elle à titre de précaire ou de bail, ce qui est incontestable, il ajoute : " Et " encore ceux qui lui appartiennent virtuellement, et dont " d'autres jouissent *à titre de propriété*, mais dont la propriété " est résoluble à son profit par nullité ou autrement."

C'est une très-grande erreur. Un donateur ne pourrait pas hypothéquer l'immeuble qu'il a donné, sous prétexte que le droit du donataire est résoluble en cas de survenance d'enfans. Ce donateur n'a aucune sorte de propriété sur l'immeuble donné, tant que la condition n'est point arrivée. Il appartient pleinement et entièrement au donataire.

On doit dire la même chose dans tous les cas où une propriété est résoluble, à l'égard de celui au profit de qui la résolution peut arriver.

Il en est autrement, sans doute, après que la condition

résolutoire est accomplie. Mais alors la propriété n'est point résoluble : elle est résolue ; et celui qui a une action est censé avoir la chose même qui en fait l'objet. *Qui actionem habet, rem ipsam habere videtur.*

Rien n'empêche alors que l'hypothèque ne puisse frapper cette propriété revenue à celui qui avait aliéné.

Point de doute qu'un cohéritier ne puisse, comme le dit le même auteur, hypothéquer la part qu'il a dans les immeubles dépendans de la succession à laquelle il est appelé, pourvu d'abord que cette succession soit ouverte, et en second lieu, qu'il désigne la nature et la situation de ces immeubles. Il n'est pas nécessaire qu'il indique la portion qu'il a droit d'y prendre. L'hypothèque qu'il accorde se trouve naturellement restreinte à cette portion.

Cet auteur dit encore que le cohéritier ne peut pas hypothéquer un immeuble déterminé de cette succession, avant le partage, à cause de l'incertitude qu'il y aurait que cet immeuble échût en son lot.

Nous ne partageons point cette opinion. Si, par l'événement, il n'avait aucun immeuble, il n'y aurait pas d'hypothèque ; mais s'il lui en échéait un autre, nous pensons qu'il serait frappé de celle convenue. Il y aurait seulement dévolution. C'est la doctrine de Lebrun et de Pothier dans leurs Traités des Successions ; et nous ne voyons point que la Loi actuelle y porte atteinte.

2043. L'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble dont il est en possession comme propriétaire, mais dont il n'a pas un titre suffisant, a son effet à compter de la date de son enregistrement, si le débiteur y obtient en-

2043. A hypothec granted by a debtor upon an immoveable of which he has possession as proprietor, but under an insufficient title, takes effect from the date of its registration if he subsequently obtain a perfect title to it ;

suite un titre parfait; sauf néanmoins le droit des tiers.	saving the rights of third parties.
La même règle s'applique aux jugements rendus contre un débiteur dans les mêmes circonstances.	The same rule applies to judgments rendered against a debtor under the same circumstances.

Voy. *N. Denisart*, cité sur art. 2017 et *Pothier*, sur art. 2038

* *ff. De pignoribus et hyp.*, *L.* 20, *Tit.* 1, *L.* 16, § 7. } Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit.* (MARCIANUS).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } On peut valablement hypothéquer la chose d'autrui sous cette condition, dans le cas où elle appartiendra au débiteur. (MARCIEN).

* 2 *Domat* (*Remy*) *liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 1, *n°* 20. } Comme on peut vendre une chose qui appartienne à une autre personne, on peut de même l'hypothéquer, soit que le maître consente à l'hypothèque, ou qu'il la ratifie, ou que l'hypothèque soit conditionnelle, pour avoir son effet, lorsque celui qui engage une chose dont il n'est pas le maître, pourra le devenir : mais c'est un stellionat si le débiteur engage comme sienne une chose qu'il sait n'être pas à lui. Que si dans la suite il en devient le maître, l'hypothèque alors aura son effet, mais sans préjudice des hypothèques des créanciers de celui à qui elle était.

2044. L'hypothèque conventionnelle n'est également valable qu'autant	2044. Conventional hypothecs are likewise not valid unless the sum for

que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte.

Cette disposition ne s'étend pas aux rentes viagères ou autres obligations appréciables en argent, stipulées dans les donations entrevifs.

which they are granted is certain and determined by the deed.

This provision does not extend to life-rents or other obligations appreciable in money, which are stipulated in the gifts *inter vivos*.

---

* *C. N.* 2132. } L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte. Si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, cité sur art. 2025.

---

* 3 *Déc. des tribunaux*, *p.* 477. *C. S. Québec* 1853. *Chapais vs Lebel*, *et Lebel*, *oppt.* } Jugé :—Que depuis la passation de la 16e Vic. c. 206, s. 7, amendant la Loi d'Enregistrement, une hypothèque peut subsister pour une rente viagère créée par une donation entrevifs, sans qu'il soit besoin d'une énonciation d'une somme spécifique de deniers.

Dans cette cause, Lebel, l'Opposant, réclamait, en vertu d'un acte de donation, passé en 1843, la valeur de divers articles de rente viagère payables en nature. Cet acte de donation avait éte enregistré le 19 Septembre, 1843. Un créancier subséquent, le Demandeur, contesta cette réclama-

tion, sur le principe que cet acte de donation n'énonçait aucune somme spécifique de deniers, comme la valeur ou l'équivalent de cette rente viagère, et n'avait constitué, en conséquence, aucune hypothèque valable, conformément aux dispositions de la 28e section de la 4e V. c. 30. Cette contestation étant demeurée quelque temps en délibéré, l'acte de la 16e Vic., c. 206, fut passé, et par la 7e section de cet acte il fut dit et déclaré que la 28e section de la 4e V., c. 30, qui prohibe la constitution d'aucune hypothèque à moins qu'il n'y ait énonciation d'une somme de deniers spécifique, ne s'appliquait pas et ne s'appliquerait pas aux donations entre-vifs constituant une rente viagère, ou autres charges appréciables à prix d'argent. Une nouvelle audition de la cause fut ordonnée, et la Cour décida que depuis la passation de la 16e Vic., c. 206, s. 7, la question épineuse et difficile soulevée par le Demandeur, ne souffrait plus aucune difficulté, et qu'il fallait décider que l'hypothèque de l'Opposant subsistait nonobstant la 28e section de la 4 Vic., c. 30, et ce en vertu de l'acte déclaratoire passé dans la dernière session, 16e Vic., c. 206, s. 7.

La contestation de la réclamation de Lebel est en conséquence déboutée.

---

* 4 *Rapp. jud. de Québec*, *p*. 59. *Dufresne et Dubord, C. du B. de la Reine en appel. Québec*, 1878. } JUGÉ :—1° Qu'un donateur qui fait enregistrer son acte de donation conserve son hypothèque privilégiée de *bailleur de fonds* pour toutes les charges appréciables en argent qui y sont stipulées en sa faveur, sans qu'il soit nécessaire de fixer par l'acte même la valeur de ces charges.

2° Qu'une semblable donation donne la même hypothèque aux tiers en faveur desquels ces charges ont été stipulées.

Sir A. A. DORION, J. C.

Le 20 mars 1863, Mde Dubord a donné à son fils Jos. Eléonore Dubord certains immeubles, à la charge de loger l'intimée, de la nourrir, éclairer, etc. Sur cet acte enregistré le 4 janvier 1865, l'intimée a porté une action hypothécaire

contre l'appelant, détenteur de l'un des immeubles donnés, pour deux quartiers de cette pension qu'elle estime à $150.

Défense, 1° l'intimée n'a pas d'hypothèque, 2° la dette n'est pas claire et liquide et ne peut être réclamée par action hypothécaire, 3° l'intimée s'est mise dans l'impossibilité de lui céder ses droits, 4° la dette n'est ni claire, ni liquide, ni due au montant, à la forme et en la manière réclamée. Sur cette contestation les parties ont procédé à la preuve. Des experts ont été nommés et ont estimé à $125 la valeur des charges reclamées. La Cour Supérieure a débouté l'action, et la Cour de Révision, le Juge en chef Meredith et le Juge Caron, ont renversé le jugement de la Cour Supérieure, et condamné l'appelant à payer $62.52 pour 6 mois des charges en question, échus le 1er mai 1875, si mieux il n'aimait délaisser.

La question principale est de savoir si l'acte de donation du 20 mars 1865 a créé une hypothèque sur la propriété dont l'appelant est le détenteur. Depuis le 31 décembre 1841, nulle hypothèque générale ne peut être stipulée, et toute hypothèque spéciale doit désigner la propriété hypothéquée, et spécifier la somme pour laquelle l'hypothèque est donnée. 4 Vict. c. 30, s. 28, S. R. B. C. c. 37, s. 45. Cette disposition de l'ord. d'enregistrement a été modifiée par l'Acte 16 Vict. c. 206, s. 7, relativement aux rentes viagères et autres charges appréciables en argent stipulées dans les donations entrevifs. (S. R. B. C., ch. 37, s. 45, s. s. 3,—Code Civil, Art. 2042, 2044, *Chapais vs. LeBel* et *LeBel*, opposant, 3 Rap. Jud. B. C. 477.)

En vertu de ces dispositions un donateur qui fait enregistrer son acte de donation conserve son hypothèque privilégiée de bailleur de fonds (Code Civil, Art. 2014—Pothier, Traité de l'hypothèque, ch. 1, s. 2, § 3, ch. 2, s. 3), pour toutes les charges appréciables en argent qui y sont stipulées en sa faveur, sans qu'il soit nécessaire de fixer par l'acte même la valeur de ces charges.

Mais une semblable donation donne-t-elle la même hypothèque aux tiers en faveur desquels ces charges ont été

stipulées ? Cette question n'en est pas une, puisque l'art. 1129 du Code Civil permet à une partie de faire des stipulations au profit d'un tiers, lorsqu'elle en fait la condition d'une donation qu'elle fait à quelqu'un.

Madame Dubord avait une hypothèque pour toutes les charges stipulées dans la donation. Elle aurait pu elle-même porter une action hypothécaire pour forcer l'appelant à remplir envers l'intimée, sa fille, les charges qu'elle avait imposé à son fils, son donataire. Or si elle pouvait elle-même poursuivre hypothécairement, pourquoi l'intimée, à qui elle a délégué son débiteur, ne pourrait-elle pas le faire, cette délégation acceptée ayant tous les effets d'une cession parfaite ? *Dupuis vs. Cedillot et Kelley*, 10 L. C. Jurist. 338,—*Pattenaude vs. Lériger de Laplante*, 1 L. C. J. 113,— *Dubord vs. Martel*, 18 novembre 1876, C. S. Trois-Rivières,— *D'Orvilliers vs. Martel*, 26 avril 1875, Cour de Révision, Québec.

L'appelant a cité dans son factum des extraits de Demolombe, T. 24, No. 256, de Troplong, Priv. et hyp., No. 216, et de Larombière sur l'art. 1121, § 9. Mais quelque soit la valeur de ces autorités, elles n'ont jamais reçu d'application ici, du moins dans le sens que veut lui donner l'appelant. Dès 1843 il a été jugé dans une cause No. 584, *Demers* contre *Martin dit Ladouceur* et *Martin dit Ladouceur*, opposante, que les enfants du donateur avaient une hypothèque de bailleur de fonds pour les charges stipulées en leur faveur dans un acte de donation, même lorsque cet acte avait été révoqué depuis entre le donateur et le donataire.

Du reste la citation de Larombière ne milite nullement contre les prétentions de l'intimée. " S'agit-il d'une donation, (dit l'auteur à l'endroit cité) il, (le tiers) n'aura pas le droit de revocation pour inexécution des charges (cela est évident) ; mais il profitera des garanties particulières stipulées dans le contrat pour son entière exécution, telles que l'hypothèque consentie sans limitation par l'acquéreur ou le donataire."

Pour ces raisons le Jugement de la Cour de Révision doit être confirmé.

Lahaie, *sur art.* 2132 *C. N.* } Persil, Questions sur les priviléges et hypothèques, t. 1er, p. 164.

Sirey, 34, 2e part., p. 279.

Grenier, Traité des hypothèques, t. 1, n. 28.— Le créancier qui, suivant notre article, a pris une inscription d'après une évaluation, sa créance étant indéterminée, ne peut rien demander au-delà de son évaluation, au moins contre les autres créanciers et contre l'acquéreur. L'inscription, par cette évaluation, devient un contrat entre eux et le créancier qui a pris cette inscription. Cela a été jugé, et avec raison, par un arrêt de la Cour d'appel de Liége, du 24 août 1809.

N. 30. — Quelle que soit la condition à laquelle l'obligation et l'hpothèque sont soumises, il est toujours nécessaire que l'hypothèque frappe *spécialement et directement* sur un *objet précis*. Il ne doit y avoir, à cet égard, aucune incertitude : l'objet de l'hypothèque doit être déterminé et assuré, et par conséquent celui de l'inscription.

Duranton, t. 19, n. 388.—Puisque l'hypothèque pour sûreté d'une dette éventuelle ou conditionnelle, ou indéterminée dans son *quantum*, est valable, les juges ne pourraient point colloquer définitivement et sans ordonner caution, des créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque, sous prétexte que la créance dépend d'un compte à liquider, et qu'il est possible qu'il ne soit rien dû. Mais ils peuvent ordonner la collocation de ces créanciers, à la charge par eux de fournir une caution suffisante pour assurer le paiement à son rang au créancier conditionnel, ou dont la créance est indéterminée, au cas où la condition viendrait à s'accomplir ou la créance à se liquider.

Merlin, R., v. hypothèques, sect. 2, § 3. art. 7, n. 3.—La première partie de cet article semble exiger que la dette soit liquide, certaine et déterminée. Cependant la seconde partie du même article reconnaît implicitement que les obligations conditionnelles pour leur existence, ou indéterminées dans leur valeur, peuvent être l'objet d'une hypothèque conventionnelle. Cette possibilité est encore plus positivement établie par l'art. 2163. Ce texte prouve jusqu'à l'évidence que

l'on peut stipuler validement une hypothèque conventionnelle à raison d'une créance conditionnelle, éventuelle ou indéterminée. Ainsi l'obligation indéterminée de l'ouvrier qui s'est engagé à faire un ouvrage sera susceptible d'hypothèque conventionnelle ; ainsi encore l'obligation subordonnée à l'événement d'une condition, même suspensive, celle, par exemple, du fournisseur qui s'engage à fournir des vivres à l'équipage d'un navire, s'il revient de son voyage actuel, est pareillement susceptible d'hypothèque conventionnelle ; seulement l'hypothèque suivra le sort de l'obligation principale, en telle sorte que la condition venant à manquer, l'obligation et l'hypothèque s'évanouissent tout à la fois, et que l'obligation incertaine venant à prendre dans la suite une détermination fixe, l'hypothèque se fixera à la même valeur. Battur, hypothèques, n. 282, même opinion.

Dalloz, hypothèques, chap. 2, sect. 4, art. 3, n. 16.—Ainsi un mandataire peut consentir hypothèque sur ses biens, pour sûreté du compte qu'il aura à rendre à son mandant ; mais l'inscription ne sera valable que jusqu'à concurrence d'une somme à arbitrer par ce dernier, d'après l'importance du mandat.

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, n. 550.—Le créancier doit apporter beaucoup de soin dans l'évaluation de la créance indéterminée qu'il fait inscrire ; car cette évaluation devient définitive à son égard, *envers les tiers* qui ont postérieurement traité avec le débiteur commun, et il ne peut l'augmenter à leur préjudice.

2045. L'hypothèque créée par un testament sur des immeubles grevés par le testateur de quelques charges, est soumise aux mêmes règles que l'hypothèque conventionnelle.

2045. Hypothecs created by a will upon immoveables subjected by the testator to certain charges, are governed by the same rules as conventional hypothecs.

[ARTICLE 2046.]

2046. L'hypothèque conventionnelle peut être consentie pour quelque obligation que ce soit.

2046. Conventional hypothecs may be granted for any obligation whatever.

---

* *ff. De pignoribus et hyp., Liv.* 20, *Tit.* 1, *L.* 5 *et L.* 9. } *L.* 5. Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione : sive pecunia mutua datur, sive dos ; sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum ; et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione ; et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat. Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt. Sed et non solvendæ omnis pecuniæ causa, verùm etiam de parte ejus : et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantùm naturali. Sed et in conditionali obligatione non aliàs obligantur, nisi conditio extiterit.

§ 1. Inter pignus autem et hypothecam tantùm nominis sonus differt.

§ 2. Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena. (Marcianus).

L. 9. Sic et quod ad eas res quas eo tempore quo paciscebatur, in bonis habuit, idem observari debet.

§ 1. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. (Gaius).

Ibidem. Trad. de M. Hulot. } *L.* 5. On doit savoir qu'on peut hypothéquer une chose pour toutes sortes d'obligations, soit qu'il s'agisse d'un prêt d'argent, d'une dot, d'une vente, d'un loyer, d'un mandat ; soit que l'obligation soit pure, sous condition, ou à terme ; soit que la dette se contracte lors du gage, ou qu'elle ait été contractée avant. On peut même donner un gage pour la sûreté d'une obligation qu'on doit contracter par la suite ; on peut encore hypothéquer une chose, non-seulement pour toute la somme qu'on doit, mais même pour une partie. L'hypothèque a lieu en-

core tant dans les obligations civiles que dans les obligations prétoriennes ou purement naturelles. Mais l'hypothèque contractée pour une obligation conditionnelle n'a lieu que par l'événement de la condition.

1. Il n'y a entre le gage et l'hypothèque qu'une différence de mots.

2. On peut hypothéquer une chose tant pour assurer l'obligation qu'on a contractée soi-même, que pour assurer celle qui a été contractée par un autre. (MARCIEN).

L. 9. Ceci doit aussi s'entendre des biens qu'avoit le débiteur lorsqu'il a contracté l'hypothèque.

1. Tout ce qui peut faire l'objet d'une vente, peut aussi faire celui d'une hypothèque. (GAIUS).

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypoth.*, *n°* 56. } Il ne peut y avoir d'hypothèque s'il n'y a une dette qui subsiste, pour laquelle l'hypothèque ait été contractée ; c'est ce qui résulte de la notion et de la définition que nous avons donnée de l'hypothèque.

Il suit de là que les contrats que la loi déclare nuls ne peuvent être accompagnés d'aucune hypothèque, parce qu'il ne résulte de ces contrats aucun engagement valable, aucune dette, et qu'il en faut une qui puisse leur servir de fondement, puisqu'elles ne peuvent subsister sans une dette dont elles soient un accessoire.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Introd. au tit.* 20 *Cout. d'Orléans*, *n°* 25 *et s.* } 25. L'hypothèque étant le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui pour sûreté de sa dette, il ne peut y avoir d'hypothèque sans dette.—C'est pourquoi lorsque, par exemple, une femme contracte sans l'autorité de son mari, son obligation étant nulle, un tiers, quoique capable d'hypothéquer ses biens, ne pourra pas les hypothéquer valablement pour cette obligation. — Cette décision a lieu, quand même

l'obligation que la loi déclare nulle, pourrait paraître valable dans le for de la conscience : et en vain opposerait-on que, suivant les principes du droit, l'hypothèque peut être contractée pour une obligation purement naturelle ; car l'obligation naturelle pour laquelle le droit romain permet de contracter hypothèque, est une obligation que la loi ne désapprouve pas, quoique, suivant les principes du droit romain, elle ne lui accorde pas d'action, parce que la convention d'où elle naît, n'est pas revêtue de la forme de la stipulation ; mais les obligations que la loi désapprouve expressément, ne sont aucunement susceptibles d'hypothèque ; L. 2, ff. *Quæ res pign.*

26. On peut hypothéquer ses biens pour quelque dette que ce soit (L. 9, § 1er, ff. *de Pign. act.*), non-seulement pour sa propre dette, mais aussi pour celle d'autrui (L. 5, § 2, ff. *de Pign. et hyp.*), même pour une dette conditionnelle ; auquel cas la condition qui suspend la dette, suspend aussi l'hypothèque, et la condition venant à arriver, a un effet rétroactif pour l'hypothèque comme pour la dette.

27. On peut même créer hypothèque pour une dette qui n'est pas encore contractée, et qu'on se propose seulement de contracter : mais en ce cas cette hypothèque ne commence que du jour que la dette aura été contractée (L. 5, *eod. tit.*), par acte authentique. C'est pourquoi la chose ne pourra être hypothéquée, si avant ce temps j'ai cessé d'en être propriétaire.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 1, *n°* 32. } On peut hypothéquer ses biens, non-seulement pour ses propres dettes, mais encore pour celles des autres, de même qu'on peut s'obliger pour d'autres personnes.

Voy. *N. Denisart*, cité sur art. 2017.

[ARTICLE 2047.]

SECTION V.

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES.

2047. [Entre les créanciers, les hypothèques prennent rang pour le passé, suivant la priorité de leur date respective, lorsque aucune d'elles n'est enregistrée conformément aux dispositions contenues au titre : *De l'Enregistrement des Droits Réels.* Pour l'avenir l'hypothèque n'a d'effet que conformément à l'article 2130.]

SECTION V.

OF THE ORDER IN WHICH HYPOTHECS RANK.

2047. [As between the creditors, hypothecs heretofore created rank in the order of their respective dates, when none of them have been registered in conformity with the provisions contained in the title *Of Registration of Real Rights.* Hypothecs created hereafter are without effect unless they conform to the provisions of article 2130.]

---

* *C. N.* 2134. } Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrite par la Loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

---

* *S. R. B. C., ch.* 37, *s.* 1, § 2. } Et chaque tel titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, droit, reconnaissance, réclamation et charge privilégiée et hypothécaire, n'aura aucune force, et sera nul et de nul effet à l'égard de tout subséquent acquéreur *boná fide*, donataire, créancier privilégié ou hypothécaire, pour valable considération, à moins qu'il n'ait été enrégistré avant l'enregistrement du titre, instrument par écrit, jugement, acte ou procédure judiciaire, reconnaissance, droit, réclamation

ou charge privilégiée ou hypothécaire, sur lequel tel subséquent acquéreur, donataire ou créancier privilégié ou hypothécaire fonde sa réclamation.

---

* 15 *Pand. frs., sur art.* 2134 *C. N.* } Il suit de là que toute hypothèque, même légale, qui n'est point expressément affranchie de cette formalité, ne peut être exercée que par l'inscription et à la date de cette inscription.

Ainsi, l'hypothèque du légataire sur les biens du testateur, celle des copartageants sur les biens compris dans chaque lot, doivent être inscrites, sans quoi elles deviennent inutiles à ceux à qui elles appartiennent.

---

* *Pont, sur art.* 2134 *C. N.* } I. — 723. Nous passons au dernier objet que s'est proposé le législateur dans le présent chapitre, lequel, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut (voy. nº 319), est consacré à l'*hypothèque* d'une manière toute spéciale. La loi a fait connaître, dans ce chapitre, cette seconde des deux causes légitimes de préférence mentionnées dans l'art. 2194, de même qu'elle avait fait connaître la première, c'est-à-dire le *privilége,* dans le chapitre précédent. Ainsi, elle a dit, jusqu'ici, ce qu'est l'hypothèque, quels biens en sont susceptibles, quels sont les caractères propres à chaque espèce d'hypothèque, les causes d'où elles peuvent procéder, la mesure dans laquelle elles affectent les biens de l'obligé : elle va dire maintenant la condition à laquelle l'hypothèque peut être vivifiée et constituer réellement pour le créancier cette *cause légitime de préférence* dont le législateur lui-même parle dans l'article 2094. Cette condition, c'est la *publicité* par l'inscription, la publicité que nos lois modernes ont érigée en principe et dont elles ont fait la base et le pivot du régime hypothécaire. C'est l'innovation notable qui a été introduite dans la matière ; c'est par là surtout que les lois modernes ont réalisé une amélioration véritable et désormais incontestée.

724. Ce n'est pas à dire qu'en consacrant l'institution de l'hypothèque, notre ancien droit français ait permis partout et toujours à l'hypothèque de se dérober à la connaissance des tiers et d'exister avec toutes ses prérogatives, quoique renfermée dans une funeste clandestinité. Sans doute l'ancien droit français avait subi l'influence de la législation romaine et avait accepté, même dans les pays de coutume, les principes généraux en matière d'hypothèque, sauf certaines modifications dont quelques-unes ont été déjà indiquées (voy. *supra*, nº 412) : partant, à l'exemple des Romains, qui ne connurent et ne pratiquèrent jamais la publicité de l'hypothèque, pas même à l'époque où ils couvraient les héritages grevés de colonnes et d'écriteaux rappelant les obligations passées avec les créanciers, notre ancien droit français souffrit que les hypothèques restassent occultes ; c'était la règle générale et le droit commun de la France. Mais, pourtant, quelques pays y firent exception. Telles furent les provinces dites de *saisine* et de *nantissement*. La publicité y fut organisée pour la constitution d'hypothèque aussi bien que pour l'établissement et la transmission de tous autres droits réels. Il y eut pour cela des formes diverses dont la plus simple, commune aux Coutumes de Laon, de Reims et autres, a été décrite par Loyseau en ces termes : " Le créancier exhibe au seigneur haut justicier son contrat portant hypothèque, et le requiert que, pour seureté de sa debte, il soit nanty par hypothèque de l'héritage, et que doresnavant il ne fasse aucun nantissement ny dessaisine, sinon à la charge de son hypothèque. Ce qui doit être endossé sur son contrat et enregistré à la justice du lieu......" Et le principe de la publicité s'était si fortement implanté dans les habitudes de ces provinces que, lorsque l'édit de 1771, dont nous nous occuperons plus particulièrement en traitant de la purge, voulut abroger, par son art. 35, l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque, les Cours de justice résistèrent à l'édit à cause de cet article et en refusèrent l'enregistrement. Il faut citer surtout le Parlement de Flandre, dont les éner-

giques remontrances, rappelées par Treilhard à l'appui de ce principe de la publicité dont il se montra le champion le plus résolu dans la discussion du Code, déclaraient que le Parlement "regardait la publicité des hypothèques comme le chef d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets, et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux. Par cette forme, ajoutait le Parlement, toutes les charges et hypothèques étaient mises à découvert; rien n'était plus aisé que de s'assurer de l'état de chaque immeuble par la seule inspection des registres......"

Ce n'est pas tout: dans les pays autres que ceux de saisine et de nantissement, c'est-à-dire dans la plus grande partie de la France, où la règle commune était la clandestinité, on avait trop à souffrir de ce système pour que les inconvénients et les périls n'en fussent pas hautement dénoncés. Il faut voir ce qu'en disait Loyseau dans un passage déjà cité en partie (*suprà*, nº 668), lorsque, s'élevant à la fois contre la généralité et contre la clandestinité de l'hypothèque, il montrait combien le danger était grand "à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foi, qui, pensant estre bien asseuré de ce que l'on lui vend, et qu'on met en sa possession, sçachant bien qu'il appartenoit à son vendeur, s'en void enfin évincé et privé par un malheur inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, lesquelles étant instituées secrettement, il ne lui étoit pas possible de les sçavoir ny de les découvrir." Aussi des tentatives nombreuses furent-elles faites par le législateur en vue de généraliser le principe salutaire qui s'était introduit dans les provinces de saisine et de nantissement. La première de ces tentatives remonte à l'édit de 1580, par lequel Henri III créa, dans chaque siége royal, un office de contrôleur des titres, pour enregistrer tous les contrats qui excéderaient cinq écus de principal ou trente sous de rente foncière, avec cette sanction qu'à défaut de contrôle ou

d'enregistrement, les actes n'emporteraient point de droit de propriété ni d'hypothèque. On en trouve une seconde dans l'édit de 1606, par lequel Henri IV voulut reproduire le moyen établi par l'édit précédent, qui n'avait été tout d'abord que très-incomplétement exécuté et qui bientôt après fut révoqué. Enfin, une troisième, la plus importante comme la plus notable de toutes, en ce que, mieux et plus sûrement qu'aucune autre, elle allait au but, fut due au génie de Colbert, et se formula dans l'édit de 1673, qui s'annonçait hautement, dans son préambule, "comme voulant perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes du royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements." Cet édit n'eut alors qu'une existence éphémère. Pourtant il organisait le principe d'une manière si sûre que nos législateurs modernes, voulant l'organiser à leur tour, n'ont eu rien de mieux à faire (on le verra au cours de notre commentaire) que de puiser à pleines mains dans ses dispositions. — Et ajoutons qu'à certains égards ils étaient restés en arrière, comme l'a prouvé la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 8 est venu encore emprunter à l'édit de Louis XIV l'une de ses inspirations heureuses que les rédacteurs du Code civil avaient eu le tort de négliger (voy. *infrà* le commentaire de l'art. 2135).

Quoi qu'il en soit, ces tentatives demeurèrent toutes sans effet. L'édit de 1580 fut révoqué en 1588, huit ans après sa publication; encore même était-il resté à peu près inexécuté, les offices n'ayant pu être établis que dans un nombre infiniment restreint de localités. L'édit de 1606 ne fut accepté que dans un seul Parlement, celui de Normandie. Enfin l'édit de 1673 tomba, l'année d'après, devant les préjugés de l'époque, auxquels l'édit de révocation d'avril 1674 crut devoir sacrifier : en sorte que, pour la généralité de la France, l'hypothèque continua de rester dans cette condition de clandestinité qui portait au crédit l'atteinte la plus funeste, jusqu'à la législation transitoire, et notamment jusqu'aux lois des 9 messidor an 3 et 11 brumaire an 7, qui proclamèrent enfin

la publicité et en posèrent le principe de la manière la plus absolue. C'est aussi à ce principe que le Code civil s'est rattaché, non sans une très-vive résistance pourtant, car la cause de la clandestinité avait encore au conseil d'Etat ses partisans for résolus; elle succomba néanmoins, et la majorité du Conseil, s'attachant, sous l'influence du Premier Consul, au progrès réalisé par les lois transitoires, a condamné à son tour la clandestinité, et a dit, en principe général, que désormais le droit résultant de l'hypothèque n'aurait de valeur et d'efficacité qu'à la condition de s'être révélé. Mais le Code a-t-il été absolu, sur ce point, autant que les lois intermédiaires ? Comment, dans quelle mesure, par quels moyens, dans quelles vues a-t-il organisé le principe de la publicité ? C'est ce que nous avons à préciser maintenant dans le commentaire de nos articles et de ceux qui vont suivre.

II.—725. Avant tout, il faut préciser l'objet même de ces articles. Nous savons déjà que l'hypothèque, de même que le privilége sur les immeubles, engendre deux droits différents, le droit de préférence et le droit de suite: le premier, droit essentiel, qui s'exerce sur le prix de l'immeuble hypothéqué, et ne concerne que les créanciers entre eux; le second, droit moins essentiel, mais néanmoins constituant l'une des conditions d'efficacité de l'hypothèque, qui s'exerce sur la chose même et intéresse particulièrement les créanciers dans leurs rapports avec les tiers acquéreurs (voy. *suprà*, nos 251 et 329). Or nos articles, et ceux dont se compose notre section quatrième par laquelle se termine le chapitre spécial aux hypothèques, ont pour objet de régler les effets de la publicité par rapport au premier de ces deux droits seulement. Cela résulte d'abord de ce que les effets du *droit de suite* sont réglés par d'autres dispositions de notre titre, par celles du chapitre VI, qui est commun aux priviléges et hypothèques, et traite *De l'effet des Priviléges et Hypothèques contre les tiers détenteurs* (voy. *infrà*, le commentaire des art. 2166 et suiv.); cela résulte ensuite du texte même

de nos articles, dont le premier (art. 2134), auquel se rattachent tous ceux qui le suivent dans la section, parle du rang de l'hypothèque *entre les créanciers*, ce qui naturellement limite l'objet de ces articles au *droit de préférence*, qui, en effet, comme nous venons de le dire, ne concerne que *les créanciers entre eux*. Ainsi, la loi procède ici, par rapport à l'hypothèque, comme elle a procédé par rapport au privilége, et nous avons, pour l'hypothèque spécialement, dans la section dont nous abordons maintenant le commentaire, quelque chose de correspondant et d'analogue à ce qu'est, par rapport aux priviléges sur les immeubles, la section quatrième du chapitre précédent, laquelle règle aussi la conservation de ces priviléges au point de vue du *droit de préférence* exclusivement (voy. *suprà*, n. 251 et suiv.).

Dans tout cela, d'ailleurs, la méthode de la loi est d'une régularité parfaite. Lorsque le droit de suite est exercé à l'encontre d'un tiers détenteur, il importe peu que le créancier qui agit soit privilégié ou hypothécaire ; tous les créanciers, quelle que soit leur qualité, tendent à un but, qui est toujours le même, l'expropriation du tiers détenteur, si celui-ci n'aime mieux soit payer tous les intérêts et capitaux exigibles, soit délaisser l'immeuble grevé (art. 2166 et suiv.) : voilà pourquoi le privilége et l'hypothèque out pu être réunis dans une disposition commune quand il s'est agi de régler les effets de la publicité au point de vue *du droit de suite*. Mais lorsque c'est *le droit de préférence* qui est exercé, il en est autrement. Le créancier privilégié trouve dans la qualité même de sa créance une cause qui la rend plus favorable ; et, pourvu qu'il ait rendu ce privilége public au moment où le droit a pris naissance, ou tout au moins dans le délai fixé par la loi (art. 2108, 2109, 2110, 2111 ; voy. *suprà*, n. 255 et suiv., 276 et suiv., 289 et suiv., 297 et suiv.), il prend le pas sur le créancier hypothécaire, celui-ci eût-il déjà rendu son hypothèque publique quand le privilége est né et s'est révélé ; car le créancier privilégié, qui s'est mis en règle, a le bénéfice de la maxime *Privilegia non ex tempore*

æstimantur, *sed ex causâ*, tandis que le créancier hypothécaire a pour lui seulement la règle *Prior tempore*, *potior jure* : voilà pourquoi la division était nécessaire pour régler les effets de la publicité au point de vue du *droit de préférence*.

Nous insistons là-dessus, parce qu'il se produit, sur ce point, dans la doctrine, des inexactitudes de langage qui, à certains égards, altèrent le fond même des idées. Ainsi, parfois on a cherché à fixer la portée de l'art. 2134 qui parle du *rang* de l'hypothèque entre les créanciers, par l'art. 2106 qui parle de l'*effet* du privilége ; d'autres fois, on est allé plus loin encore, et l'on a dit que, " de même que le *rang* du *privilége* s'établit par la *date* de l'inscription, de même l'art. 2134 fait dépendre la préférence des hypothèques de la priorité de l'inscription." S'il en était ainsi, on ne voit pas pourquoi le législatenr n'aurait pas réuni les priviléges et les hypothèques lorsqu'il a réglé les effets de la publicité en ce qui concerne le droit de préférence, comme il les a réunis lorsqu'il a traité de ces effets par rapport au droit de suite. Mais c'est à bon droit qu'il procède autrement, et nous retrouvons encore dans les inexactitudes que nous relevons ici la trace de ces erreurs de doctrine auxquelles a donné lieu la matière de la conservation des priviléges, et que nous avons relevées dans notre commentaire des art. 2106 et suivants. Sans y revenir et y insister davantage, bornons-nous à dire que la loi est aussi exacte dans son expression qu'elle l'est dans sa division ; que la publicité donne son *effet* au privilége, en ce sens qu'elle lui permet de se produire et de réclamer à l'encontre des créanciers, le droit de préférence que lui attribue la qualité même ou la faveur de la créance à laquelle il est attaché ; et que si quelquefois le privilége doit se résigner à ne prendre *rang* que du jour où il est rendu public, c'est précisément quand il cesse d'être privilége et dégénère en hypothèque, par l'application de l'art. 2113, faute de s'être manifesté dans les conditions de temps déterminées par la loi (voy. n. 307 et suiv.).

Ceci dit, nous revenons à nos articles, et, reprenant la pu-

blicité considérée comme moyen d'assurer le droit de préférence résultant de l'hypothèque, nous allons rechercher successivement quelles hypothèques doivent être rendues publiques, quel est le mode de publicité instituée par la loi, et quels sont les effets de la publicité.

III.—726. D'abord, le principe est posé à l'égard de toutes les hypothèques en général : l'art. 2134 dit, en effet, que l'hypothèque, *soit légale*, *soit judiciaire*, *soit conventionnelle*, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur. Et toutefois, quelque générale qu'elle soit dans l'expression, la règle n'est pas absolue, sous le Code civil, comme elle l'était d'après la loi du 11 brumaire an 7. Cette dernière loi, en consacrant le principe de la publicité, ne faisait aucune réserve ; une disposition commune à toutes les hypothèques, à celles dont la loi était la cause immédiate comme à toutes les autres, et à laquelle il n'était dérogé par aucune disposition ultérieure, exprimaient nettement que les hypothèques n'existaient qu'à *la charge de l'inscription* (art. 3). Au contraire, d'après le Code civil, il y a, dans la catégorie des hypothèques légales, certaines exceptions qui, annoncées par notre article même dans sa disposition finale, se trouvent ensuite réalisées et précisées dans l'art. 2135. En ceci, les rédacteurs du Code ont préféré le système de l'édit de 1673 à celui de la loi de brumaire. Cet édit, après avoir exprimé dans son préambule *que toutes les hypothéques seraient publiques*, avait admis pourtant que celles de l'Etat sur les biens des fermiers comptables, des mineurs sur les biens de leur tuteur, des femmes sur les biens de leur mari, existeraient de plein droit et sans qu'il fût besoin d'aucun enregistrement pour les conserver (art. 56, 60). Sans aller aussi loin dans cette voie des exceptions, le Code s'y est pourtant engagé ; et nous avons aussi aujourd'hui certaines hypothèques légales qui sont affranchies du principe de la publicité : c'est ce que nous verrons dans le commentaire des articles qui vont suivre. Mais d'autres y sont soumises : telles sont les hypothèques de l'État, des

communes, dest établissements publics. Et c'est précisément parce que toutes les hypothèques légales ne sont pas affranchies de la publicité, et encore parce que celles qui en sont exceptionnellement affranchies ne jouissent de cet avantage que d'une manière tout à fait relative (art. 2136 et suiv., et le commentaire), que notre art. 2134 procède régulièrement, en posant le principe en thèse générale, et comme applicable aux trois causes d'hypothèque énumérées et définies dans les art. 2116 et 2117.

IV.—727. Ainsi, en thèse générale, les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, doivent être rendues publiques; et aucune n'a de rang qu'à la condition de s'être révélée, sauf, parmi les hypothèques légales, celles qui ont été l'objet d'une exception formelle. Mais comment et suivant quel mode les hypothèques se révéleront-elles ?

Ici encore la législation moderne s'est visiblement inspirée des données fournies par l'édit de 1673. Dans le système de publicité telle que cet édit avait voulu l'instituer, des greffes d'enregistrement avaient été établis dans lesquels ceux qui avaient des hypothèques, en vertu de quelque titre que ce fût, contrats, sentences, jugements ou arrêts, pouvaient former et faire enregistrer leurs *oppositions* en une forme déterminée par la loi et prescrite à peine de nullité (art. 12 et suiv.). Ainsi, c'était par cette voie de l'*opposition* que les hypothèques devaient être portées à la connaissance des tiers. Les lois intermédiaires, et après elles le Code civil, ont substitué l'*inscription* à l'*opposition;* mais cette inscription, par laquelle l'opposition est aujourd'hui remplacée, a le même objet et remplit le même rôle; en sorte que c'est uniquement par cette inscription, prise, comme le dit l'art. 2134, par le créancier sur les registres du conservateur, en la forme et de la manière prescrites par la loi, que l'existence de l'hypothèque peut être révélée aux tiers. Nous dirons, dans notre commentaire des art. 2146, 2148 et suivants, quelles sont les formalités requises pour que l'incription soit régulière. Quant à présent, nous considérons l'inscription en elle-même et comme l'instrument de la publicité.

728. A ce point de vue, et puisqu'elle est l'instrument de la publicité, il faut dire que c'est par elle, et par elle seulement, que l'hypothèque peut se révéler utilement aujourd'hui ; nul autre moyen ne saurait la suppléer, et de quelque manière que l'existence d'une hypothèque parvienne à la connaissance des tiers. cette hypothèque ne leur est pas opposable dès que l'existence n'en est pas constatée par une inscription prise sur les registres du conservateur.

Cela étant, il paraît difficile d'admettre la solution consacrée par un arrêt contre lequel pourtant un pourvoi en cassation a été vainement dirigé. Dans l'espèce, un contrat de remplacement avait été formé par acte notarié, moyennant une rente viagère constituée sur hypothèque ; et le lendemain, la sœur du remplaçant reçut, suivant un autre acte notarié, pouvoir de toucher annuellement les arrérages dans l'intérêt de son frère, en faveur duquel la rente était constituée. Les deux actes avaient été passés dans l'étude d'un notaire qui avait pour principal clerc le frère du remplacé, lequel frère ayant participé, en sa qualité de principal clerc, à la rédaction des deux actes, avait eu connaissance parfaite de la constitution d'hypothèque faite au profit du remplaçant. Onze années après environ, les biens hypothéqués furent vendus, et comme aucune inscription n'avait été prise par le remplaçant, il se trouva qu'il était primé par tous les autres créanciers inscrits, et entre autres par le frère du remplacé, celui-là même qui en sa qualité de principal clerc avait concouru à la rédaction de l'acte de remplacement, et qui, ayant fait à son frère un prêt de 3,000 francs longtemps après l'époque à laquelle remontait cet acte de remplacement, avait pris sans retard inscription pour sûreté de cette somme.—Malgré le défaut d'inscription à son profit, le remplaçant se présenta à l'ordre et demande sa collocation, soutenant d'une part que la créance du frère du remplacé était simulée et frauduleuse, ce qui devait la faire écarter de l'ordre, et d'une autre part, subsidiairement, que le titulaire de cette créance, ayant connaissance de l'existence

des droits du remplaçant, ne pouvait profiter de la négligence qui avait été mise par le mandataire de ce dernier à prendre inscription.

C'est dans ces circonstances que la Cour de Caen, sans s'arrêter au moyen de fraude et de simulation, et en déclarant au contraire, qu'il se pourrait à la rigueur que les actes ne fussent pas simulés, décida que la participation que le frère du remplacé avait eue à l'acte de remplacement l'obligeait à ne rien faire qui pût paralyser l'effet de l'acte, et lui interdisait dès lors d'accepter pour gage des biens qu'*il savait être hypothéqués* à la créance du remplaçant, et de faire avec le débiteur de cette créance d'autres actes dont le résultat devait être d'anéantir toutes les ressources qui pouvaient garantir l'exécution du premier.

Cette décision, nous l'avons dit, a été vainement déférée à la censure de la Cour suprême ; cette Cour a cru devoir rejeter le pourvoi, non point, à la vérité, par des moyens de droit, mais en se fondant sur ce que l'arrêt attaqué s'était prononcé d'après un concours de faits et de circonstances dont l'appréciation souveraine appartenait aux juges du fond. Néanmoins, même à ce point de vue, la solution ne peut être approuvée, et il y a ici encore un cas à ajouter à ceux dans lesquels la Cour suprême a mal à propos abdiqué le pouvoir qu'elle tient de la loi.

Sans doute si les juges du fond, s'attachant aux faits de dol et de fraude qui formaient le moyen principal produit devant eux, avaient décidé que les actes étaient dolosifs et frauduleux, et que par ce motif le droit du remplaçant ne pouvait être primé par celui du créancier qui avait commis la fraude, et qui, ayant connu l'existence de ce droit, ne devait pas être admis à exciper du défaut d'inscription, la Cour de cassation aurait bien pu ne voir là qu'une appréciation de circonstances, et, en rejetant, par ce motif, le pourvoi dirigé contre l'arrêt, laisser debout une solution qui n'aurait fait, après tout, que repousser un créancier par l'exception résultant d'un dol constaté à sa charge. Mais

telle n'est pas la position que les juges du fond avaient prise. Si d'abord ils avaient semblé mettre en doute la sincérité des actes, ils avaient fini par reconnaître qu'en définitive ces actes pouvaient bien être sincères et sérieux, et, s'arrêtant alors au moyen subsidiaire, ils avaient dit que l'hypothèque consentie en faveur du remplaçant était la première en date ; que cette hypothèque, quoique non inscrite, n'était pas cependant ignorée du créancier, qui voulait la faire écarter, puisque celui-ci avait participé à la rédaction du contrat de remplacement par lequel elle avait été constituée, et que, par conséquent, ce dernier était sans droit à demander sa collocation par préférence. Or il y avait là une violation flagrante de la loi, et il appartenait certainement à la Cour Suprême de la réprimer.

La violation était flagrante, en effet ; car rien, répétons-le, ne peut suppléer l'*inscription* considérée comme moyen de manifester aux yeux des tiers l'existence d'une hypothèque ; et c'est méconnaître la pensée même de la loi, détruire son économie, et aller manifestement contre la supposition de l'art. 2134, qu'opposer à un créancier qui excipe du défaut d'inscription la connaissance qu'il aurait eue personnellement de la constitution d'hypothèque. Quand l'inscription n'a pas été prise, l'hypothèque manque de son élément essentiel, qui est la publicité ; et même pour ceux qui en connaissent l'existence, elle est sans valeur, parce qu'elle est *légalement* ignorée. Il est à regretter que la Cour de Caen ait pu juger le contraire, sans que sa décision, déférée à la Cour suprême, ait été censurée. A notre sens, la Cour de Bruxelles s'est mieux inspirée des principes lorsque, dans une espèce où de deux créanciers hypothécaires l'un avait négligé d'inscrire son hypothèque, elle a refusé d'en reconnaître l'existence au préjudice de l'autre, qui s'était inscrit, bien que celui-ci eût eu connaissance pleine et entière de l'hypothèque conférée au premier par l'avis qu'il en avait reçu du débiteur commun. Là est la vérité juridique ; et si l'on songe à tout ce que, en l'absence du signe légal établi pour

manifester l'hypothèque, pourrait susciter d'embarras, de discussions, de controverses, le point si incertain de savoir si quelque circonstance particulière s'est produite ou non qui ait fait connaître l'existence de l'hypothèque, on demeure convaincu qu'il n'y a de possible aussi que la solution consacrée par la Cour de Bruxelles.

729. Ainsi l'hypothèque ne peut recevoir son efficacité *vis-à vis des tiers* que de l'inscription prise par le créancier sur les régistres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. Il faut conclure de là que tous les créanciers indistinctement, même les créanciers chirographaires, peuvent opposer le défaut d'inscription. Ceci pourtant semble avoir fait difficulté. On n'a jamais contesté, sans doute aux créanciers hypothécaires le droit de repousser de l'ordre un autre créancier, hypothécaire comme eux, mais dont l'hypothèque n'aurait pas été inscrite ou aurait été inscrite irrégulièrement. Mais ce qui, à l'origine de notre nouveau régime hypothécaire, paraît avoir été contesté, c'est le droit des créanciers chirographaires à exciper du défaut ou de la nullité d'une inscription hypothécaire et à s'en prévaloir pour prétendre que le créancier dont l'hypothèque est ainsi destituée des conditions nécessaires à son efficacité est réduit, comme eux-mêmes à n'avoir sur les biens du débiteur commun que le droit de gage général résultant des art. 2092 et 2093. On soutenait que l'hypothèque étant absolument indépendante de l'inscription quant à son existence, il devait s'en induire que le créancier hypothécaire a nécessairement, nonobstant l'absence de toute inscriptio , un avantage sur des créanciers simplement chirographaires; que si l'inscription peut avoir de l'utilité, c'est seulement au point de vue du droit de préférence et pour la fixation d'un rang entre les créanciers hypothécaires ; mais que les chirographaires n'ayant ni préférence ni rang à réclamer en vertu de l'inscription, ils doivent céder le pas à celui qui, vis-à-vis d'eux du moins, puise son droit et son avantage dans le seul fait de l'existence d'une hypothèque à son profit.

Toutefois cette théorie a été bientôt abandonnée ; et, en effet, elle ne pouvait pas se soutenir. Que l'hypothèque ne soit pas dans l'inscription, et qu'elle soit, quant à son existence, absolument indépendante de l'inscription, c'est de toute évidence, et nous allons revenir tout à l'heure là-dessus en nous occupant des effets de l'inscription. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans le système de la loi, il n'y a d'hypothèque, *vis-à-vis des tiers*, que celles qui sont inscrites sur les registres du conservateur, sauf l'exception relative à certaines hypothèques légales. C'est donc de l'inscription, encore une fois, que l'hypothèque tire son efficacité à l'égard des tiers ; et dès lors tous les tiers, quels qu'ils soient, chirographaires aussi bien que tous autres, peuvent opposer le défaut d'inscription. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu à diverses reprises, en des termes tels que toute controverse a désormais cessé. D'après l'art. 2092, a-t-elle dit, quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur ses biens meubles et immeubles ; et, suivant l'art. 2093, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait des causes légitimes de préférence, c'est-à-dire des priviléges ou des hypothèques. Mais ces causes ne deviennent légitimes que lorsque le créancier qui veut s'en prévaloir a observé la formalité prescrite pour rendre son hypothèque ou son privilége efficace à l'égard des tiers. Or la loi ne dit nulle part que l'inobservation de cette formalité, qui est l'inscription, ou la nullité qui aurait été commise en l'accomplissant, ne doit profiter qu'aux créanciers hypothécaires du débiteur. Loin de là : cette formalité tend à la publicité, qui est la base fondamentale de notre régime hypothécaire ; et comme l'objet de cette publicité est d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt que le gage est absorbé déjà en tout ou en partie, il faut conclure que, dans le cas de non-inscription ou d'inscription nulle de la part des créanciers privilégiés ou hypothécaires, l'on rentre de droit dans la disposition des art. 2092 et 2093,

et que tous les créanciers du débiteur commun, sans distinction entre les chirographaires et les hypothécaires qui ont omis la formalité prescrite, doivent venir par contribution sur le prix provenu de la vente. Telle est la règle; et nul ne la conteste plus aujourd'hui.

730. Mais ajoutons que si l'absence ou la nullité de l'inscription peut être opposée au créancier hypothécaire par tous les tiers, quels qu'ils soient, elle ne saurait lui être opposée également par le débiteur de qui émane la constitution d'hypothèque. Ce n'est pas pour celui-ci ni dans son intérêt que la publicité est instituée. Dans quelques cas particuliers, nous avons admis le débiteur lui-même à exciper des nullités du contrat à l'encontre du créancier : c'est lorsque l'hypothèque étant consentie contre les prescriptions formelles ou les prohibitions expresses de la loi, la nullité affecte la convention même, l'atteint dans sa substance, et la réduit à n'être pas : l'hypothèque de la chose d'autrui nous a fourni un exemple de ces nullités essentielles dont peuvent se prévaloir, sans exception ni réserve, tous ceux auxquels la convention est opposée (voy. *suprà*, n. 630). Mais lorsque l'hypothèque est régulièrement consentie, lorsqu'elle est valable en elle-même, quand elle a une existence qui ne peut être contestée *en droit*, nous ne saurions admettre que celui qui l'a conférée puisse exciper de ce que le droit hypothécaire, complet en lui-même, manque de la condition extrinsèque qui seul peut lui donner son efficacité vis-à-vis des tiers. Il n'appartient pas au débiteur d'exciper de l'inaccomplissement de cette condition, qui n'est pas faite pour lui, qui ne l'intéresse pas précisément ; et s'il tentait de s'en prévaloir, c'est alors qu'en toute raison on lui opposerait le principe que celui qui doit garantir ne peut évincer. La Cour de cassation est entrée pleinement dans ces idées en décidant que le propriétaire d'un immeuble qui, après l'avoir vendu, le fait hypothéquer par son acquéreur, ne peut à raison de cette hypothèque, exercer aucun droit à l'encontre des créanciers qui avaient pris des inscriptions contre lui pendant

qu'il était investi de la propriété ; et spécialement qu'il ne peut se prévaloir du non-renouvellement décennal de l'une de ces inscriptions, pour en faire résulter la priorité de sa propre hypothèque.

Sans insister davantage sur ces observations, qui expliquent suffisamment comment l'*inscription* est aujourd'hui l'instrument nécessaire de la publicité, et permettent de reconnaître quels sont ceux auxquels il appartient de se prévaloir du défaut d'inscription, nous passons aux effets de l'inscription régulièrement prise.

V. — 731. A cet égard, il faut se reporter encore à l'édit de 1673. L'art. 21 de cet édit disait que " les créanciers dont les oppositions auront été enrégistrées seront préférés, sur les immeubles sur lesquels ils auront formé leurs oppositions, à tous autres créanciers non opposants, quoique antérieurs et privilégiés." L'art. 2134, dit également, et dans le même esprit, " qu'*entre créanciers*, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'*a de rang que du jour de l'inscription* prise par le créancier sur les registres du conservateur..."

Ainsi, l'inscription ne fait pas l'hypothèque ; elle en est absolument indépendante. L'hypothèque, comme le dit M. Grenier, est dans l'hypothèque même ; elle *existe*, soit par la stipulation lorsqu'elle est conventionnelle, soit par la loi ou en vertu des jugements ou des actes judiciaires lorsqu'elle est légale ou judiciaire. Mais elle est comme si elle n'existait pas, au moins vis-à-vis des tiers, tant qu'elle n'a pas reçu la publicité par l'inscription (sauf, bien entendu, ce que nous avons indiqué déjà, pour y revenir amplement sous l'art. 2135, par rapport à certaines hypothèques légales). Jusque-là l'hypothèque, quelque régulière qu'elle soit dans sa constitution ou dans son existence, n'est qu'un droit inerte. L'inscription est donc une condition extrinsèque qui, tout indépendante qu'elle soit de l'hypothèque même, lui est indispensable cependant, en ce qu'elle la complète, ou lui donne la vie en lui attribuant le droit de *prendre rang* entre

les créanciers, et de se produire en *réalité et en fait* ce qu'elle est *en droit*, c'est-à-dire comme une *cause légitime de préférence* (art. 2094.)

On voit par là quelle est la pensée de la loi. Dès que l'inscription, instituée pour mettre l'hypothèque en action, a pour effet de lui donner son *rang de préférence*, il s'ensuit que ce n'est ni à la qualité de la créance, ni à la date du titre, qu'il faut se référer pour classer le créancier hypothécaire inscrit. Quelque favorable que soit la créance et à quelque date qu'en remonte le titre, le créancier n'aura et ne pourra jamais avoir de rang qu'à la date de son inscription. Son titre fût-il le premier, et sa créance fût-elle la plus favorable, il viendra le dernier si son hypothèque est la dernière inscrite; et il ne pourra pas même venir en concours avec des créanciers inscrits avant lui, parce que le droit, qui reçoit son efficacité de l'inscription, est un droit de *préférence* et non un droit de *concours*, un droit, par conséquent, qui s'exerce privativement sur le prix du gage, et ne laisse le pas aux collocations ultérieures qu'après qu'il est lui-même complétement désintéressé.

Précisons ceci par une hypothèse. Paul a un immeuble sur lequel il a conféré diverses hypothèques : l'une, en 1873, à Pierre ; l'autre, en 1874, à Joseph ; une troisième, en 1875, à Jacques. L'immeuble est vendu, et il se trouve que ni Pierre, ni Joseph, ni Jacques, n'ont pris inscription. On procédera comme si aucune hypothèque n'avait été constituée ; car, à défaut d'inscription, les hypothèques restent à l'état de droit inerte, et les créanciers hypothécaires viendront en concours sur le prix de l'immeuble, sans exclure même les créanciers chirographaires que Paul pourrait avoir, et auxquels, comme nous l'avons dit tout à l'heure, l'hypothèque *non inscrite*, ne peut pas être opposée (voy. n. 729).

Supposons maintenant qu'un seul des créanciers ait pris inscription, celui-là, fut-ce même Jacques, dont la créance est la dernière en titre, exercera seul son droit hypothécaire, parce que seul il l'a complété par l'accomplissement de la

condition extrinsèque qui seul pouvait le mettre en mouvement; il sera donc payé, par préférence, du montant de sa créance en principal et accessoires, et le surplus du prix de l'immeuble, s'il en reste, appartiendra aux autres créanciers de Paul, sans distinction entre les deux créanciers hypothécaires non inscrits et les créanciers simplement chirographaires; tous ils viendront en concours, et au marc le franc, sur le surplus du prix.

Supposons, enfin, que les trois créanciers hypothécaires aient pris inscription à des dates différentes, le dernier inscrit, fût-il même le dernier par le titre de sa créance, sera d'abord payé en totalité de sa créance, principal et accessoires; et si le prix n'est pas absorbé, ce qui en restera sera attribué au créancier inscrit le deuxième, qui, à son tour, sera payé en totalité sur le surplus, et laissera l'excédant, s'il y en a, pour faire face à la créance de celui qui a pris inscription le troisième.

Telles sont les règles.

732. On demande si ces règles doivent être suivies par rapport aux hypothèques générales affectant à la fois les biens présents et à venir du débiteur.

Qu'elles doivent être suivies quant aux biens présents, c'est-à-dire à ceux qui existaient au moment où l'hypothèque a pris naissance, et qui ont dû être spécialisés dans l'inscription, ce n'est même pas une question : il n'y a aucun motif, en effet, pour que l'inscription agisse quand elle porte sur plusieurs immeubles déterminés, autrement qu'elle n'agit quand elle porte sur un seul.

La difficulté s'élève par rapport aux biens acquis après la naissance de l'hypothèque, et qui viennent s'ajouter à ceux que le débiteur avait au moment ou l'hypothèque est née et qu'elle a affectés.

Nous avons traité cette question plus haut en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire (voy. n° 599), et nous avons démontré qu'il en est des biens à venir atteints par cette hypothèque comme des biens présents du débiteur ; qu'ils sont

frappés du jour même *où l'hypothèque a été inscrite* ; que, sans doute, le gage du créancier inscrit ne peut s'accroître de ces biens à venir qu'au fur et à mesure des acquisitions ; mais qu'à l'instant même où ils sont acquis, l'inscription s'en saisit et s'y attache rétroactivement au jour où elle a été prise, en sorte que, même par rapport à ses biens, l'inscription donne au créancier, non point un droit de *concours* avec tous ceux qui se sont inscrits aussi avant l'acquisition, mais un droit de *préférence* sur tous créanciers de l'acquéreur inscrits après lui.

Ce que nous avons dit là de l'hypothèque judiciaire, il faut le dire également de l'hypothèque légale sujette à inscription. Sous l'ancienne jurisprudence, qui attribuait le caractère de la généralité aux hypothèques attachées de plein droit à l'acte notarié, c'était la doctrine à peu près unanime. Pothier, qui a résumé l'opinion commune, s'en est expliqué en ces termes : " J'ai contracté différents engagements envers trois différents créanciers en différents temps, sous l'hypothèque de mes biens présents et à venir, et j'ai ensuite acquis un certain héritage : ces trois différents créanciers viendront-ils par concurrence d'hypothèque sur cet héritage, ou suivant l'ordre des dates de leurs contrats ? Il semblerait qu'ils devraient venir par concurrence ; car ces trois différents créanciers ont acquis tous les trois les hypothèques sur cet héritage dans le même instant, savoir lors de l'acquisition qui en a été faite ; n'ayant pas pu l'acquérir plus tôt, *concurrunt tempore*, et, par conséquent, ils paraissent avoir un droit égal... Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est constante parmi nous que ces créanciers ne doivent pas concourir, mais qu'ils doivent être colloqués selon l'ordre des dates de leur contrat. La raison est que le débiteur, en contractant avec le premier créancier, sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres, au préjudice de ce premier créancier ; par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le

premier est cependant préférable au second, et le second au troisième, parce que le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second créancier, ni ce second créancier en acquérir, que sur ce qui resterait après la créance du premier acquéreur; et il en faut dire de même du troisième à l'égard du second."

C'est l'avis qu'il faut suivre encore aujourd'hui: il se déduit logiquement de cette autre idée, exposée plus haut à l'occasion de l'hypothèque judiciaire (no 598), et applicable également à l'hypothèque légale sujette à inscription, que l'inscription a pour effet d'assurer le droit hypothécaire, non-seulement sur les immeubles présents, mais encore sur les immeubles à venir, sans qu'elle ait besoin d'être renouvelée sur ces derniers immeubles à mesure qu'ils entrent dans le domaine du débiteur. Nous ne saurions donc nous rendre à l'opinion de M. Persil, qui, après avoir admis cette dernière idée dans ses *Questions*, soutient ensuite, dans son *Régime hypothécaire*, que cette inscription, qui n'a pas besoin d'être renouvelée, ne donne pourtant au créancier qui l'a prise d'autre droit, par rapport aux immeubles nouvellement acquis, que celui de venir *en concours* avec les autres créanciers inscrits comme lui, avant l'acquisition, mais à une date plus récente que celle où il s'est inscrit lui-même.

Ceci est évidemment contradictoire. Dès qu'on admet en principe (ce qui n'a été contesté, d'ailleurs, que par M. Tarrible, dont l'opinion, comme nous l'avons vu au n° 598, a été unanimement rejetée) qu'une seule inscription frappe virtuellement tous les immeubles du débiteur situés dans l'étendue du bureau où elle est faite, non-seulement ceux que le débiteur possède à la naissance du droit hypothécaire, mais encore ceux qu'il acquiert depuis, il faut admettre que cette inscription agit de la même manière sur les deux catégories d'immeubles, réellement quant aux immeubles présents en ce qu'ils sont frappés à l'instant même où l'inscription est prise, et fictivement quant aux immeubles à venir en ce qu'ils viennent se ranger sous l'inscription et à sa date,

au fur et à mesure des acquisitions L'erreur de la doctrine contraire est d'avoir supposé que, dans le cas de l'hypothèque générale, c'est l'acquisition qui fait l'hypothèque quant aux biens à venir : évidemment l'hypothèque a existé, même par rapport à ces biens, avant l'acquisition ; elle a existé sous cette condition, sans doute, que des acquisitions seraient faites ; mais dès que la condition s'est réalisée, elle a produit son effet rétroactif, qui, pour chaque créancier, a fixé la date de son hypothèque au jour où elle avait été vivifiée par l'inscription. Et c'est ainsi que, lorsque j'ai une hypothèque grevant à la fois les biens présents et à venir du débiteur, l'inscription que j'ai prise me procure sur le prix des biens que le débiteur pourra acquérir, non moins que sur celui de ses immeubles présents, un droit de *préférence* vis-à-vis de tous les créanciers dont l'hypothèque, fût-elle plus ancienne en date que la mienne, ne se serait produite sur les registres du conservateur qu'après mon inscription.

733. Toutefois, ce que nous disons là à l'égard de l'hypothèque légale et de l'hypothèqne judiciaire, c'est-à-dire des hypothèques dont la généralité procède de la volonté de la loi, il ne faudrait pas le dire à l'égard de l'hypothèque dont la généralité procéderait de la convention. Nous voulons parler de l'hypothèque conférée dans le cas exceptionnel de l'art. 2130, lorsque le débiteur, dont les biens présents étaient insuffisants pour la sureté de la créance, a consenti, en donnant hypothèque sur ces biens, à ce que chacun de ceux qu'il acquerrait par la suite demeurât affecté à la sûreté de la créance à mesure des acquisitions. Nous avons établi plus haut que, dans ce cas, le droit hypothécaire ne peut s'exercer sur les biens advenus au débiteur après la convention qu'au moyen d'une inscription spéciale prise sur chacun de ces biens nominativement et à mesure qu'ils arrivent dans le patrimoine du débiteur (voy. n° 685). Donc le créancier qui, dans cette hypothèse, n'aurait que l'autre inscription par lui prise sur les biens présents au moment de la convention, serait considéré, quant aux biens acquis depuis,

comme s'il n'avait pas d'hypothèque. L'inscription primitive a un objet déterminé ; elle vivifie le droit hypothécaire en assurant au créancier son rang sur les immeubles présents qu'elle touche spécialement ; mais elle est sans effet quant aux autres biens, qui, n'existant pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où elle a été prise, n'ont pas pu y être spécialisés.

734. Dans tout ce qui précède, nous nous sommes occupé de l'effet de l'inscription entre créanciers inscrits à des dates différentes. Mais supposons que plusieurs inscriptions aient été prises à la même date, c'est-à-dire le même jour ; comment se fera la collocation ? Le cas est prévu par l'art. 2147, que les rédacteurs du Code ont placé dans le chapitre relatif *au mode de l'inscription des privilèges et hypothèques*, et qui trouve mieux sa place dans notre section, puisqu'il s'agit encore ici de régler *le rang que les hypothèques ont entre elles.*

Comment donc le rang est-il réglé dans le cas proposé ? L'art. 2147 dit à cet égard que tous les créanciers inscrits le même jour exerceront en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur. En 1851, lors des discussions dont la réforme du régime hypothécaire a été l'objet au sein de l'Assemblée législative, on avait proposé de modifier cette règle si raisonnable et si juste empruntée par les rédacteurs du Code aux usages suivis sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7. On avait voulu donner la préférence, même dans le cas où plusieurs créanciers se seraient présentés le même jour à la conservation des hypothèques, à celui qui le premier y aurait fait le dépôt de ses titres. Cette pensée avait été accueillie dans le projet du gouvernement, et l'Assemblée législative y avait accédé elle-même en établissant un système qui se résumait dans une série de numéros par lesquels la priorité devait être fixée dans tous les cas, et même dans celui que prévoit notre article. Mais l'examen fit reconnaître que c'eût été abandonner la question de préférence, dans ce

dernier cas, à des chances nombreuses d'erreurs, et peut-être la faire dépendre de la complaisance du conservateur, ou même de celle des agents ; et l'on en revint au système de notre article, système éminemment équitable et, moins qu'aucun autre, susceptible d'inconvénients. Ainsi, lorsque plusieurs inscriptions ayant été prises le même jour portent la même date, les créanciers qui ont requis ces inscriptions ont un droit égal entre eux ; ils viennent en concours sur le prix qui doit leur être attribué au même rang et au prorata de leur créance.

735. La loi ne fait à cet égard aucune différence au profit de celles des hypothèques légales qui, bien que données par la loi, sont sujettes à inscription, et qui se trouveraient en concours avec d'autres hypothèques. M. Grenier s'est donc placé à un point de vue tout à fait arbitraire, et a été justement repris par tous les auteurs, lorsqu'il a dit que, par rapport à de telles hypothèques, il y a lieu de penser qu'elles doivent obtenir la préférence sur une hypothèque ordinaire, malgré le concours de date de l'inscription. Vainement M. Grenier allègue-t-il que " toutes les hypothèques légales quelconques ont toujours eu, dans le principe, une cause différente que les hypothèques ordinaires, qui leur a fait attribuer la faveur de la légalité et la généralité ; que cette cause rentre dans la nature du privilége, qui doit faire accorder à ces hypothèques une préférence sur les hypothèques ordinaires, lorsqu'il ne s'agit que d'un avantage relatif à un simple concours de dates ; et enfin, qu'il ne peut y avoir lieu à concurrence sur le prix que lorsque les inscriptions de la même date ont toutes pour objet des hypothèques spéciales, ou des hypothèques générales autres que les hypothèques légales, c'est-à-dire les hypothèques anciennes ou les hypothèques judiciaires." Rien n'autorise une pareille distinction : elle est en contradiction manifeste avec l'art. 2134, qui, en disant que l'hypothèque n'a de rang qu'à la date de l'inscription, pose la règle pour l'hypothèque *légale* nominativement, comme pour les autres. Et comme l'art. 2147 n'est après tout

que la suite et le complément de l'art. 2134, il faut dire que la disposition en est générale également et ne comporte pas plus de distinction que celle de l'art. 2134.

736. A plus forte raison rejetons-nous une autre exception que M. Grenier fait en faveur des priviléges dégénérés en hypothèques dans le cas prévu par l'art. 2113. L'auteur invoque pour toute raison ici " que l'art. 2147 ne suppose que l'exercice en concurrence d'une *hypothèque* de la même date." Et cette raison même condamne la solution, puisque précisément, d'après la disposition très-expresse de l'art. 2113, le privilége, dans le cas prévu, cesse d'être privilége et dégénère en *hypothèque.*

736 *bis.* Mais que décider dans le cas de concours entre une transcription d'acte de vente et une inscription d'hypothèque opérées le même jour ? La question est controversée. Elle paraît même juridiquement insoluble à quelques auteurs. L'avis qui cependant domine en doctrine et en jurisprudence, c'est que l'art. 2147 du Code civil ne saurait être applicable en ce cas. Et de fait, peut-on dire avec le Tribunal de Dié, qui a statué en ce sens sur la question, comment assimiler le concours de plusieurs inscriptions prises le même jour au concours d'une inscription et d'une transcription de la même date ? Entre plusieurs hypothèques, la conciliation est facile, le prix du gage commun pouvant être réparti au marc le franc des diverses créances. Mais l'on ne conçoit pas comment il serait possible d'attribuer des effets proportionnels tout à la fois à une inscription et à une transcription. Dans une telle situation, qui d'ailleurs est de nature à se présenter rarement, on a admis généralement, et il faut bien admettre, que la question d'antériorité se résout par les circonstances dans lesquelles entrent pour beaucoup les mentions, sur le régistre, des dépôts des titres remis au bureau de la conservation et l'ordre dans lequel sont faites ces mentions. Ainsi a décidé le jugement précité du Tribunal de Dié, qui, en déclarant sans effet l'inscription d'hypothèque prise contre le vendeur dans la journée où la transcription avait

été opérée, a fait résulter l'antériorité de la transcription soit des énonciations du régistre sur lequel le conservateur indique l'ordre de la remise des pièces à son bureau, soit de celles du régistre des inscriptions, soit même des circonstances de la cause.

2048. Le créancier qui consent expressément ou tacitement que l'immeuble qui lui est hypothéqué, le soit en faveur d'un autre, est censé lui céder la préférence ; et dans le cas de telle cession de rang, il se fait une interversion entre ces créanciers selon la mesure de leurs créances respectives, mais de manière à ne pas nuire aux créanciers intermédiaires, s'il s'en trouve.

2048. The creditor who expressly or tacitly consents to the hypothecation in favor of another of the immoveable hypothecated to himself is deemed to have ceded to the latter his preference ; and in such case an inversion of order takes place between these creditors to the extent of their respective claims ; but in such manner as not to prejudice intermediate creditors if there be any.

---

* 1 *Pothier* (*Bugnet*), *Int. au tit.* 20 *Cout. d'Orl.*, *n*o 64. } Le consentement qu'un créancier donne à ce que son débiteur oblige à un nouveau créancier la chose qui lui est hypothéquée, a paru aussi au jurisconsulte Paul renfermer une remise que cet ancien créancier faisait de son hypothèque ; L. 12, ff. *Quibusmod. pign. solv.* La remise qui résulte de ce consentement souffre néanmoins plus de difficulté que celle qui résulte du consentement à l'aliénation de la chose ; car le créancier qui consent à ce que le débiteur hypothèque à un autre la chose qui lui était hypothéquée, peut n'avoir pas eu l'intention de remettre son hypothèque, mais seule-

ment celle de consentir que le dernier créancier passe à sa place ; et on le doit décider ainsi selon les circonstances ; L. 12, § 4, *qui pot.* En ce cas le premier créancier ne remet pas à la vérité son hypothèque, mais il devient le dernier ; car la préférence qu'il accorde au dernier ne doit pas nuire aux intermédiaires ; Mol. *de Usur.*, n° 685.

---

* 1 *Lamoignon*, *Recueil des Arrêtés*, *Tit.* 26, *nos* 3, 4. } 3. Le créancier retient et conserve son hypotheque sur l'héritage aliéné par son débiteur, encore qu'il ait agréé l'aliénation par quelques actes et signé le contrat avec déclaration que l'héritage étoit franc et quitte de toutes hypotheques, si ce n'est que par une clause expresse et spéciale il ait renoncé à son hypotheque.

4. En cas de renonciation expresse, celui au profit duquel elle est faite, entre dans l'hypotheque de celui qui renonce, et celui qui a fait sa renonciation succede à l'hypotheque de l'autre, le tout de plein droit, par une subrogation tacite et mutuelle, sans autre stipulation, jusqu'à sommes concurrentes.

---

* 2 *Lamoignon*, *Recueil des Arrêtés*, *p.* 114 *et s.* } Les fraudes commises et les actes passés entre les contractans, sans la participation et à l'insçu de ceux qui y ont intérêt, ne peuvent leur préjudicier. Ainsi, les contre-lettres, quoique faites et reconnues pardevant notaires, ou en jugement, n'ont hypothèque, et ne produisent aucun effet, si ce n'est entre ceux qui les ont signées, et leurs héritiers, et n'en doivent avoir aucun contre des tierces personnes qui ont contracté avant ou depuis la date des contre-lettres.

Il est un moyen de prévenir une fraude qui peut être commise par le notaire lui-même. Elle consiste à favoriser un emprunteur qui est déjà débiteur du notaire qui passe l'acte. Celui-ci laisse ignorer au prêteur qu'il a lui-même une hypothèque antérieure à celle à laquelle il va donner son

ministère, et lui laisse croire, par-là, qu'il n'est primé par aucun autre créancier. Pour prévenir cet abus, il est bon d'ériger en loi une règle déjà établie par la jurisprudence ; c'est de déclarer le notaire ou tabellion qui a reçu un contrat, sans annoncer l'hypothèque qu'il a, de son chef, sur les biens du débiteur, déchu de cette hypothèque à l'égard des créanciers postérieurs dont il a reçu les contrats.

Cette précaution peut être inutile à Paris, où il est facile de l'éluder, à cause du grand nombre de notaires, en faisant passer le contrat par un autre notaire confident ; mais elle pourra servir pour les autres lieux.

On pourroit encore prendre une autre précaution qui préviendroit bien des stellionats : ce seroit d'obliger, sous peine de tous dépens, dommages et intérêts, le notaire à déclarer et notifier aux parties les hypothèques acquises sur les biens du débiteur par d'autres personnes, par des contrats par lui reçus durant l'année immédiatement précédente. Mais cet article pourroit paroître bien rude, et donneroit occasion de découvrir le secret des familles.

La punition imposée au notaire qui, en recevant un acte, garde le silence sur sa propre hypothèque, doit-elle tirer à conséquence contre les particuliers qui seroient présens à des contrats où l'on dispose de choses qui leur seroient hypothéquées, et qu'ils auroient même signés, sans aucune réclamation ? Cette question a été fort controversée, et a besoin d'être décidée.

Il est certain qu'il seroit injuste de favoriser une fraude qui tourneroit au profit de ceux qui, pouvant l'empêcher, ne l'ont pas fait. Il y a cependant ici des distinctions à faire.

1° On ne doit tirer de conséquences contre celui qui est présent à un acte, que quand le silence qu'il garde est l'effet d'une fraude ou d'une ignorance crasse.

2° Quand, par l'acte, on dispose d'un droit particulier, ou d'une certaine espèce de bien, comme d'une maison, d'un fonds, d'une rente, si celui qui assiste à l'acte y prétend quelque droit réel ou hypothécaire, il est tenu de le déclarer,

sous peine de le perdre. Et c'est le véritable cas de la loi 26, § 1, *ff. de pign. et hypoth.* dont il est bon de rapporter les termes. *Pater Sejo emancipato filio facilè persuasit ut, quia mutuam quantitatem acciperet à Septicio creditore, chirographum perscriberet suâ manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domûs ad filium pertinentis pignori dandæ. Quærebatur an Sejus, inter cætera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cùm patris se hereditate abstinuerit, nec metuiri ex hoc solo quod, mandante patre, manu suâ perscripsit instrumentum chirographi; cùm neque consensum suum accommodaverat patri, aut signo suo, aut aliâ scripturâ? Modestinus respondit: cùm suâ manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est.*

La présence ou la signature ne prive donc de l'hypothèque celui qui est présent au contrat, que quand il s'agit d'une hypothèque spéciale qui lui appartient, ou lorsqu'on déclare que les choses ne sont chargées d'aucune hypothèque. *Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat; qui fundus, cùm esset reipublicæ ante obligatus, secundus creditor pecuniam reipublicæ eam solvit: sed Mævius extitit, qui dicebat antè rempublicam sibi fundum obligatum fuisse: inveniebatur autem Mævius, instrumento cautionis cum republicâ facto à Sejo, interfuisse et sub scripsit quo caveral Sejus* fundum nulli alii esse obligatum. *Quæro an actio aliqua in rem Mævio competere potest? Modestinus respondit pignus cui is de quoquæritur consensit, minimè eum retinere posse. L. 9, § 1, ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

C'est aussi la jurisprudence du parlement de Paris, qui juge que celui qui a signé un contrat, ne perd son hypothèque que quand ce contrat contient la clause que l'on est quitte et franc de toutes dettes.

Mornac, pour établir que l'on ne perd pas, par la seule présence à un contrat, l'hypothèque que l'on peut avoir, quoique cet acte contienne des clauses préjudiciables à celui qui a cette hypothèque, et qui y est présent, rapporte, sur

la loi 39, *ff. de pignor. act.* un arrêt bien remarquable. Un marchand de Paris avoit assisté au contrat de mariage de son caissier, à qui il avoit prêté cinq cents écus. Ce caissier, en mourant, avoit laissé des affaires embarrassées, et sa veuve prétendit être préférable au marchand, sous prétexte qu'il avoit été présent à son contrat de mariage, sans réclamer la priorité d'hypothèque qu'il avoit alors sur elle. Mais il fut jugé que sa seule présence ne suffisoit pas pour ravir son droit, sur-tout n'ayant pas signé au contrat.

Ainsi, on peut établir indistinctement que, si l'on n'approuve pas le contrat par une signature ou par un consentement exprès, la simple présence ne cause aucun préjudice.

Il y a même des cas où la signature ne porteroit pas préjudice à celui qui l'auroit donnée, quoique le contrat contînt des clauses contraires à ses intérêts. On signe souvent, par honneur, un contrat de mariage, sans en connoître ni la teneur, ni les dispositions particulières. En ce cas, il ne seroit pas juste d'en tirer des conséquences contre celui qui auroit signé sans connoissance de cause, et croyant simplement faire office de parent ou d'ami.

C'est pourquoi les jurisconsultes ont pensé qu'il falloit examiner si celui qui a signé étoit une des parties principales ou intervenant au contrat, et s'il a signé comme faisant son affaire : *Si suum negotium gessit, aut suum negotium agi intelligebat*, sa signature suppose un consentement et une renonciation à son droit. *Creditor qui permittit rem venire, pignus dimittit. L.* 158, *ff. de regul. jur. Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari. L.* 4, § 1, *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. Si consensit venditioni creditor, liberatur hypothecæ. L.* 7, *eod. Non videtur autem consensisse creditor si, sciente eo, debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare. Sed si subscripserit fortè in tabulis emptionis, consensisse videtur, nisi manifestè appareat deceptum esse. L.* 8, § 15, *eod.*

Mais quand on a été appellé pour assister au contrat sim-

plement comme témoin, sans qu'il soit question de l'hypothèque, mais simplement d'attester, par sa signature, la vérité de l'acte, cette circonstance ne porte aucun préjudice à celui qui a ainsi prêté son ministère. C'est la décision textuelle de la loi 34, § 2, *ff. de legat.* II.

On pourroit donc mettre en loi qu'un créancier fondé en contrat ou obligation, qui assiste, comme témoin, à un acte par lequel on dispose d'un héritage sur lequel il y a hypothèque, ne la perd pas pour cela, à moins qu'il n'intervienne comme prenant part aux clauses ; alors sa présence emporte une renonciation tacite à son droit.

---

* 10 *Pont, sur art.* 2114-2127 *C. N., n°* 334 *et s.* } 334. Non-seulement l'indivisibilité de l'hypothèque ne produit pas l'indivisibilité de l'obligation principale, mais encore il n'y a pas indivisibilité entre l'hypothèque et cette obligation principale, en ce sens que la première peut être cédée indépendamment de la seconde. Ainsi a jugé la Cour de Bourges (1), et la Cour de Caen a poussé la solution aussi loin que possible en décidant que le privilége lui-même, c'est-à-dire une cause de préférence qui tient exclusivement à la *qualité* de la créance et semble ainsi n'en devoir pas être séparée, peut être cédé indépendamment de cette créance, et, spécialement, que la session ou subrogation dans son privilége, consentie par le vendeur non payé au profit d'un tiers, créancier de l'acquéreur, jusqu'à concurrence de la créance de ce tiers, confère à celui-ci tous les droits de préférence attachés au privilége cédé (2).—Ceci, néanmoins, a été un sujet de très-grave controverse.

Précisons d'abord les données de la pratique ; nous y trouvons trois conventions distinctes qui touchent à ce point et

(1) Bourges, 20 juill. 1832 (S.-V. 32, 2, 626 ; Dall., 34, 2, 196 ; *J. Pal., à sa date.*)

(2) Caen, 11 mars 1854 (S.-V., 55, 2, 69 ; Dall., 55, 4, 446 ; *J. Pal.,* 1855, t. I, p. 376.)

entre lesquelles, cependant, il existe d'assez notables différences : ce sont la cession de créance, la cession d'antériorité et la cession d'hypothèque. Par la première de ces conventions, l'hypothèque, accessoire de la créance, est comprise dans la cession de cette créance qu'elle suit, et à laquelle elle continue de rester attachée ; rien n'est changé dans les choses, il y a seulement un titulaire nouveau de la créance à la place de l'ancien titulaire. Par la seconde, l'hypothèque subsiste encore avec tous ses effets, au moins vis-à-vis de tous autres que celui à qui l'antériorité a été cédée ; mais il y a une interversion de rangs qui fait que le cessionnaire, créancier hypothécaire lui-même, prend la place du cédant, ou plutôt échange son rang avec celui du cédant, dans la mesure de ce qui est dû à celui-ci, de telle sorte que la différence qui pourrait exister en plus ou en moins entre sa créance et celle du cessionnaire ne nuise ni ne profite aux créanciers intermédiaires, étrangers à la convention. Par la troisième, enfin, l'hypothèque se détache de la créance qui, ainsi, devient simplement chirographaire d'hypothécaire qu'elle était, et va s'adjoindre à une autre créance qui, au contraire, cesse d'être chirographaire pour devenir hypothécaire.

De ces trois conventions, les deux premières sont acceptées sans difficulté (1) ; nous aurons à nous en occuper, et particulièrement de la seconde, quand nous parlerons du rang des hypothèques entre elles. Quant à la troisième, la seule que nous ayons en vue actuellement, celle qui a été expressément validée par les Cours de Bourges et de Caen, il faut

(1) Il a été décidé que l'hypothèque stipulée pour garantie d'une pension alimentaire *constituée par convention* peut être l'objet d'une renonciation ou cession d'antériorité. Caen, 9 juill. 1862 (*J. Pal.*, 1863, p. 809 ; S.-V., 63, 2, 103). Il en serait autrement si l'hypothèque garantissait le service d'une pension constituée et déclarée incessible et insaisissable *par testament*. En ce cas, la volonté du testateur domine ; et l'hypothèque participe de l'incessibilité de la pension. Lyon, 28 avr. 1869 (S.-V., 70, 2, 52 ; *J. Pal.*, 1870, p. 232).

reconnaître qu'au premier aperçu elle frappe parce qu'elle présente de très-étrange. Théoriquement, on a quelque peine à comprendre la cession d'une hypothèque distinctement de la créance dont elle est l'accessoire, et l'on est tenté de dire avec M. Zachariæ et ses annotateurs, MM. Aubry et Rau, dont l'opinion, d'ailleurs, est partagée par d'excellents esprits, que " la relation qui existe entre une hypothèque et la créance pour sûreté de laquelle elle est établie est tellement intime, que l'hypothèque ne peut être considérée comme ayant une existence propre, qui permette de la séparer de la créance à laquelle elle est attachée, pour la joindre à une autre." (1) C'est même cette idée qui paraît avoir dominé aux diverses époques où il a été question, en France, de la réforme du régime hypothécaire. Ainsi, lors de l'enquête administrative ouverte en 1841, trois facultés de droit seulement s'occupèrent de ce point, celles de Rennes, de Caen et Strasbourg, et une seule, la première, admit qu'une telle convention est licite, tandis que les deux autres déclarèrent qu'elle est essentiellement contraire aux principes et en opposition avec les données du droit hypothécaire (2).—De même, en 1849, quand les projets de réforme ont été soumis à l'Assemblée législative, le résultat a été plus significatif encore. La cession d'hypothèque avait été admise en principe dans le projet du gouvernement (3). Mais le projet, en ce point, fut vivement attaqué, et par la commission du conseil d'Etat, et par celle de l'Assemblée législative. Une pareille cession, disait-on au conseil d'Etat, " ne se conçoit pas ; l'hypothèque isolée ne peut être la matière d'une vente. Le

(1) Voy. M. Zachariæ (t. II, p. 215 et note 1) ; Aubry et Rau (4e édit., t. II, p 455, note 2).—*Junge* : MM. Gauthier (*Des Subrog.*, n. 562 et suiv.); Mourlon (*ibid.*, p. 578 et suiv.) ; Berthauld (*De la Subrog.* 1re et 2e édit. n. 3) ; Benech (*Du Nantiss.*, n. 18 et suiv.) ; Larombière (*Des Oblig.*, t. III, p. 226, 235, 239) ; Sévin (*Rev. crit.*, t. XX, p. 542).

(2) Voy. les *Documents* publiés en 1844 (t. II, p. 471).

(3) Art. 2139 du projet.—Voy. le Rapport fait par M. Persil au nom de la commission instituée par le Président de la République (p. 98).

possesseur d'un immeuble, qui a grevé son bien en vue d'une dette qui lui est propre ou qu'il cautionne, aurait trop à souffrir si l'hypothèque qu'il a consentie comme accessoire était transférée et rattachée à une créance à laquelle il serait lui-même étranger; on doit donc exprimer formellement la faculté de céder la créance hypothécaire, mais non la faculté de céder l'hypothèque comme un droit distinct et détaché de l'obligation." (1) A l'Assemblée législative, on s'exprimait dans le même sens (2). Et conformément à ses observations, la disposition du projet avait été remplacée par des textes qui n'admettaient la cession d'hypothèque que comme conséquence de la cession de la créance même dont l'hypothèque fait la sûreté.

Mais, au fond, et en y regardant de près, on voit que ces appréciations manquaient de justesse. D'abord, elles allaient contre la tradition; la très-ancienne doctrine relevée avec soin par M. Benech dans Olea, Merlinus, Neguzantius, Barthole, s'était préoccupée de la cession d'hypothèque; cette convention avait soulevé quelques résistances sans doute, mais enfin l'opinion dominante s'était formée en ce sens qu'il n'y avait pas indivisibilité nécessaire entre l'hypothèque et la créance, et par suite que la première pouvait être cédée indépendamment de la seconde (3), sauf cette réserve, toutefois, que si la créance venait à s'éteindre dans les mains du cédant, l'hypothèque cédée devait s'éteindre elle-même aux mains du cessionnaire (4).—Contre ces mêmes appréciations s'élevait ensuite l'autorité de la pratique; car, à partir du jour où notre droit coutumier a été sans action, les praticiens ont recouru à cette cession d'hypothèque dont

(1) Voy. le Rapport de M. Bethmont (p. 50).

(2) Voy. le Rapport de M. Vatimesnil (p. 86).

(3) Voy. M. Benech (*loc cit.*, n. 18) et les auteurs qu'il cite.

(4) Cette réserve a été consacrée dans notre droit actuel par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 16 mars 1849 (S.-V., 49, 2, 449; *J. Pal.*, 1849, t. I, p. 390; Dall., 49, 2, 156). Nous verrons ce qu'il en faut penser quand nous traiterons de l'hypothèque légale (*infrà*, n. 483).

les anciens auteurs avaient admis la validité ; c'est par là qu'ils ont ressaisi ou plutôt remplacé cette faculté consacrée par le droit coutumier, mais refusée par la loi nouvelle (voy. *infrà* art. 2118, n° VI), de donner une hypothèque en sous-ordre sur la première hypothèque : et la *cession* d'hypothèque, ou la subrogation dans l'hypothèque, s'était introduite ainsi dans les usages sans y rencontrer jamais ni opposant, ni contradicteur.—Et puis enfin, au fond, le silence de la loi et la liberté des conventions prêtaient à la tradition et à la pratique un appui très-puissant. En définitive, où était le texte d'où l'on pût induire la prohibition de céder l'hypothèque distinctement de la créance principale ? Il n'y en avait pas. Pourquoi donc l'hypothèque n'aurait-elle pas pu être cédé ? Après tout, elle est un droit réel, un droit appréciable ; elle est, comme le dit la Cour de Bourges dans l'arrêt déjà cité, susceptible de toutes les stipulations ; elle peut donc faire l'objet d'une cession, car on s'expliquerait mal que celui qui aurait la faculté de disposer, par cette voie, de la créance entière, ne pût pas disposer de l'hypothèque seulement, c'est-à-dire de ce qui n'est qu'un émolument, un accessoire de la créance. Sans doute, nous l'avons dit déjà (voy. n° 328), et nous y reviendrons sous l'art. 2132, une obligation accessoire ne se conçoit pas sans une obligation principale à laquelle elle se rattache : mais il ne s'agit pas de cela ici ; car si la cession d'hypothèque détache l'obligation accessoire de l'obligation principale, c'est, non point pour la laisser isolée et lui donner une existence propre, mais pour la rattacher à une autre obligation principale. Nous avons donc deux obligations réunies ; et l'hypothèque se retrouve dans sa condition d'obligation accessoire par rapport à une créance dont elle a pour objet d'assurer le payement (1).

Quoi qu'il en soit, ce point de droit est aujourd'hui à l'abri

(1) Voy. MM. Championnière et Rigaud (*Tr. des droits d'enreg.*, n. 1135); Valette, n. 128); Troplong (*De la Transcr.*, n. 323 et suiv.); Martou (n. 174); Verdier (*Transcript.*, t. II, p. 560, 567); Rivière et Huguet

de toute controverse par l'effet de la loi du 23 mars 1855, dont l'art. 9 suppose que l'hypothèque peut être cédée principalement et indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire. La question est donc tranchée (1). A la vérité, il s'agit dans cet article particulièrement de l'hypothèque légale de la femme. Mais qu'importe ? La loi parle de cette hypothèque parce que c'est à son occasion que les conventions de l'espèce se produisent habituellement; mais l'induction qui se tire du texte n'en a pas moins une portée absolue. Car si la femme peut *céder* son hypothèque légale ou y *renoncer* en faveur d'un créancier, quelle apparence y a-t-il que les autres titulaires d'une hypothèque ne le puissent pas faire également ? Il faut dire, au contraire, qu'ils le peuvent à plus forte raison ; le doute, s'il en devait exister, se produirait moins à leur égard qu'à l'égard de la femme qui, tenant son hypothèque d'une faveur toute spéciale de la loi, pouvait être considérée comme moins libre d'en disposer. La question est donc tranchée d'une manière absolue, et désormais on peut dire avec certitude qu'il n'y a pas indivisibilité entre l'hypothèque et la créance, entre l'obligation accessoire et l'obligation principale. Nous aurons à revenir sur cette règle, dont les applications, comme nous l'avons indiqué, ne se produisent, à vrai dire, qu'à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme (*infrà*, n° 458 et suiv.).

335. L'indivisibilité établie par la loi porte donc seulement sur l'hypothèque elle-même. Mais, comme l'a dit Dumoulin (voy. *suprà*, n° 331), l'indivisibilité existe tant active-

(quest. n. 384) ; Bressolles (*Exp. des règl. résultant de la loi du* 23 *mars* 1855, n. 101); Beudant (*De la Subr. aux dr. d'hyp. et des sous-ordres*, n. 57 et suiv.).

(1) En effet, M. Mourlon, abandonnant l'opinion par lui émise dans son *Traité des Subrogations*, cité à l'une des notes précédentes, reconnait que la question est résolue en sens contraire par la loi du 23 mars 1855 *De la Transcr.*, t. II, p. 565).—Voy. cependant MM. Benech (*loc. cit.*, p. 77) et Berthauld (*loc. cit.*).

ment que passivement, *et sic de se remanet indivisum (pignus vel hypotheca) tam active quam passive.*

Par exemple, Paul a sur Pierre une créance de 10 000 francs, garantie par une hypothèque qui grève l'un des immeubles appartenant à ce dernier ; il meurt, laissant après lui deux héritiers, Jacques et Joseph, entre lesquels la créance se divise par moitié. Joseph, pressé d'argent, obtient de Pierre le payement des 5 000 francs formant sa part. Qu'advient-il de l'hypothèque originaire ? Joseph pourra-t-il, à cause du payement partiel qu'il a reçu, affranchir pour toute la créance quelques-uns ou quelques parties des immeubles hypothéqués ? Non, car l'indivisibilité de l'hypothèque ayant lieu activement, l'hypothèque, quoique réduite quant au chiffre, existe entière, pour la somme restant due, en faveur de chacun des créanciers entre lesquels la créance s'est divisée, et Joseph, dans l'espèce, ne peut pas l'amoindrir au préjudice de Jacques. Celui-ci a donc, pour garantie de sa part dans la créance, l'entier immeuble, comme si Pierre n'avait rien payé ; en sorte qu'advenant l'insolvabilité de Pierre, Jacques pourra saisir l'immeuble qui avait été grevé d'hypothèque, et le faire vendre en totalité, pour être payé de ce qui lui reste dû. " Totus tamen fundus... vendetur... " pro residuo debito, et sic pignoris vigor, vinculum et luitio, " nec ex parte quidem creditoris dividitur, sed ejus virtus indivisa manet." (1)

Par exemple encore, Paul, débiteur envers Pierre d'une somme de 10 000 francs, pour sûreté de laquelle il a hypothéqué sa maison de Versailles, meurt, laissant après lui deux héritiers, Jacques et Joseph, entre lesquels la dette se divise. Survient le partage, et Joseph y reçoit la maison de Versailles en totalité. En cet état, Pierre, n'étant pas payé de sa créance, engage son action hypothécaire pour le tout contre Joseph, détenteur de l'immeuble grevé de son hypothèque. Celui-ci veut arrêter l'action hypothécaire, et,

(1) Dumoulin (*loc cit.*, n. 28). Voy aussi l'arrêt déjà cité du 9 nov. 1847.

dans cette vue, il offre les 5 000 fr. formant la part héréditaire dont il est tenu dans la dette de 10 000 fr. Est-il fondé? Non, car l'indivisibilité de l'hypothèque ayant lieu passivement, le gage ne peut pas être morcelé et purgé partiellement (1). C'est, du reste, une application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, que le Code a faite lui-même lorsqu'il a dit, dans l'art. 873, que " les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part et portion virile,et hyothécairement pour le tout."(2) L'article réserve, il est vrai, aux héritiers, leur recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent contribuer aux dettes et charges de la succession. Mais il faut noter que ce recours fût-il, par une circonstance quelconque, dans le cas de ne pouvoir pas être exercé ou d'être exercé sans aucune utilité, le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque n'en subsisterait pas moins intact; et c'est avec toute raison que la Cour de cassation, en jugeant que lorsqu'un immeuble est hypothéqué en totalité au service d'une rente, le créancier a droit de poursuivre le payement total contre chaque propriétaire partiel de l'immeuble, a ajouté que le propriétaire partiel assigné ne peut exciper de ce que, même par un événement de force majeure, par exemple le fait du gouvernement, il est privé de son recours contre les codébiteurs hypothécaires (3).

Par exemple enfin, Jacques, Joseph et Pierre ont contracté conjointement vis-à-vis de Paul une dette de 60 000 francs qui se divise entre eux, et Jacques a consenti une hypothèque sur ses immeubles. A l'échéance, Joseph et Pierre ne sont pas en mesure de payer la part dont chacun d'eux était tenu; Jacques seul peut payer la sienne, et il la paye; puis il pré-

(1) Voy. Cass., 4 mai 1812; Rej., 9 janv. 1810.

(2) Voy. là-dessus Marcadé (sur l'art. 873, n. 4). Voy. encore d'autres applications dans les art. 1009, 1012 et 1221, n. 1, du Code civil.

(3) Cass. 6 mai 1818.

tend que ses immeubles sont par cela même dégagés et que Paul ne le peut plus poursuivre hypothécairement. Est-il fondé ? Non, car à défaut d'une convention expresse,Jacques, dans l'espèce, est censé avoir accordé l'hypothèque pour toute la créance, bien que personnellement il ne fût tenu que d'une part (1) ; en sorte que l'hypothèque étant indivisible passivement, les immeubles de Jacques demeurent affectés en totalité tant qu'il reste à lui payer une portion quelconque de la créance. Nous trouvons une application remarquable en ce sens du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans un arrêt de la Cour de cassation. Dans l'espèce, les débiteurs avaient chargé leur mandataire de faire en leur nom un emprunt et d'hypothéquer en garantie tous les immeubles qui leur appartenaient. Le mandataire fit l'emprunt, en effet, et obligea solidairement ses mandants au remboursement, avec constitution d'hypothèque sur plusieurs de leurs immeubles. Mais les mandants, excipant de ce que le mandataire avait excédé ses pouvoirs en les obligeant solidairement, demandèrent la nullité de l'obligation en ce qui touchait la stipulation de la solidarité ; et, en outre, ils prétendirent que l'hypothèque ne grevait leurs immeubles respectifs que proportionnellement à leur part dans la dette commune. Le créancier acquiesçait à la demande en ce qui touche la solidarité, mais il soutenait énergiquement que, par suite de son indivisibilité, l'hypothèque devait porter pour le tout sur chacun des immeubles hypothéqués. Ce système prévalut devant les juges du fond, qui en supprimant la solidarité, crurent devoir maintenir l'indivisibilité de l'hypothèque dans le sens où cette indivisibilité était indiquée par le créancier. Ainsi, il fut admis, dans l'espèce, que l'hypothèque constituée pour sûreté d'une dette, qui désormais devait être considérée comme divisible entre les débiteurs, sur des immeubles appartenant aux uns et aux autres, doit grever pour le tout les immeubles des uns et des

(1) Voy. M. Rodière *Tr. de l'indivisib.*, n. 467.

autres, et non pas seulement pour la part et portion de chacun des débiteurs.

Mais la constitution de l'hypothèque justifiait cette interprétation dans l'espèce : aussi un pourvoi en cassation a-t-il été dirigé sans succès contre la décision des juges du fond. Les débiteurs ont vainement soutenu devant la Cour suprême que si l'hypothèque est indivisible, en ce sens que la totalité de la part afférente dans la dette à chacun d'eux dût porter sur la totalité de leurs immeubles respectifs. L'indivisibilité ne pouvait aller, en présence de la décision qui avait fait tomber la solidarité, jusqu'à ce point que toute la dette pût être hypothéquée sur les immeubles de chacun d'eux. La Cour de cassation a maintenu l'application du principe de l'indivisibilité telle qu'elle avait été faite par l'arrêt attaqué (1), et telle qu'elle devait être faite au vu d'une convention qui, ne contenant aucune disposition restrictive, laissait les immeubles soumis au plein et entier exercice de l'action hypothécaire du créancier.

Ce sont là des conséquences du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, conséquences qui s'expliquent tout naturellement par l'intention des parties et aussi par le caractère de l'hypothèque, qui est un droit réel.

---

* 11 *Pont, sur art.* 2180 *C. N.*, *n°* 1231 *et s.* } 1231. La deuxième cause d'extinction mentionnée par l'article 2180 est *la renonciation du créancier à l'hypothèque ou au privilége.* Il s'agit d'une renonciation *directe* faite par le créancier, d'une renonciation ayant pour objet même l'abandon ou la remise de la sûreté hypothécaire. Cela s'induit du rapprochement du numéro deux de cet article avec le numéro premier. En effet, il y a aussi remise de la sûreté hypothécaire lorsque le créancier renonce à demander payement de la dette hypothécairement garantie. Mais cette

(1) Req. 31 janv. 1844 (S.-V., 44, 1, 398 ; Dall., 44, 1, 177, ; *J. Pal.*, à sa date).

hypothèse, dans laquelle les sûretés hypothécaires se trouvent éteintes ou remises par voie de conséquence et par suite de l'extinction de l'obligation principale, rentre dans la première disposition de l'art. 2180, qui fait précisément de cette extinction de l'obligation principale une cause extinctive des priviléges et hypothèques. Or la deuxième disposition ne peut avoir eu pour objet de régler un point déjà compris et virtuellement réglé dans la première ; elle a donc son objet spécial, et cet objet, c'est de montrer la renonciation comme une cause d'extinction agissant sur les priviléges et hypothèques, non point par voie de conséquence, mais principalement et directement ; une cause en un mot, qui éteint les priviléges et les hypothèques sans toucher à la créance à laquelle ils sont accessoirement attachés.

1232. La donnée de la loi, le principe auquel elle obéit, c'est que chacun a la libre disposition des droits qui lui appartiennent, et que tout titulaire d'un droit est maître de s'en dessaisir et de l'abandonner dès qu'il lui convient de ne pas l'exercer. Ceci montre tout d'abord que, envisagée dans sa nature intime, la renonciation aux priviléges ou hypothèques est un acte essentiellement unilatéral. S'il s'agissait ici d'une convention proprement dite, la seule volonté du renonçant ne suffirait pas à la former ; le droit résultant du privilége ou de l'hypothèque ne s'éteindrait que par le concours et l'effet de consentements librement échangés entre le renonçant et le bénéficiaire de la renonciation. Mais comme précisément la remise des sûretés hypothécaires ne constitue ni une convention ni une stipulation pour autrui, comme elle est le simple abandon d'un droit, elle est parfaite, complète et efficace vis-à-vis de tous, alors même qu'elle émane du créancier seul. En ceci, la renonciation aux priviléges ou hypothèques s'accorde avec la mainlevée et la radiation des inscriptions hypothécaires dont nous avons parlé dans le commentaire de l'art. 2157 (voy. nº 1073 et 1105). Et, en effet, la jurisprudence les a complètement assimilées sous ce rapport ; car de même qu'elle admet, comme

on l'a vu *loc. cit.*, que la mainlevée est opposable *aux tiers* quoique non acceptée par le débiteur, de même elle reconnaît que la renonciation de la part d'un créancier hypothécaire à son hypothèque est irrévocable, et n'a pas besoin, pour produire ses effets à l'égard du créancier appelé à en profiter, d'être acceptée soit par lui, soit par le détenteur de l'immeuble, soit par le débiteur dont les biens sont grevés de l'hypothèque éteinte (1).

1233. Cependant la faculté de disposer des sûretés hypothécaires par remise ou renonciation, bien qu'elle appartienne au titulaire du privilége ou de l'hypothèque, est subordonné à une condition de capacité. Un droit ne saurait, en effet, être l'objet d'une disposition qu'autant que celui qui en dispose jouit de sa capacité civile. Il en est de l'hypothèque et du privilége, sous ce rapport, comme tous autres droits. Donc il est nécessaire que celui qui veut s'en dessaisir et l'abandonner soit capable de le faire. Mais quelle est la capacité requise ? Ici encore nous dirons de la renonciation aux priviléges et hypothèques ce que nous avons dit à propos de la mainlevée des inscriptions hypothécaires, avec lesquelles la renonciation présente une si grande analogie : la capacité est corrélative à l'acte envisagé dans son objet. Or la remise des sûretés hypothécaires est un acte libératoire participant de la nature de la quittance ; donc ceux-là seuls ont la capacité requise pour le faire qui ont la libre disposition de la créance à laquelle accèdent les priviléges ou les hypothèques abandonnés (2). On appliquera ici les développements présentés à l'occasion de la radiation (voy. *suprà*, n° 1075 et suiv.) ; et, sans insister davantage, nous passons aux formes de la renonciation.

1234. La loi n'en fixe aucune ; il n'existe donc pas de forme particulière sous laquelle la renonciation ou la remise doive

(1) Voy. Bourges, 20 févr. 1852 ; Req., 19 nov. 1855 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 392 ; Dall., 55, 2, 111 ; 56, 1, 175 ; S.-V., 56, 1, 146).

(2) Voy. Pothier (*Cout. d'Orléans*, tit. 20, n° 61).

se produire pour qu'elle ait son effet. Elle vaut lorsqu'elle est formellement exprimée ; mais elle vaut aussi lorsqu'elle s'induit d'un acte ou d'un fait quelconque qui la suppose : c'est une doctrine certaine, fondée sur la tradition, qui nous enseigne que de tout temps la renonciation a pu être expresse ou tacite. Mais l'un et l'autre mode ont leurs particularités.

1235. La renonciation *expresse* est celle qui est formellement exprimée par le créancier qui abandonne ses sûretés hypothécaires. Elle ne doit pas être équivoque ; mais quand elle est constatée par écrit, le degré de certitude ne se mesure pas à la forme extérieure ou aux solennités de l'acte qui la constate. La loi, en effet, n'exige pas ici, comme pour la radiation des inscriptions (art. 2158; voy. *suprà*, n° 1074), que l'acte portant consentement soit fait en la forme authentique ; il en faut conclure que, quelle qu'en soit la forme, il a la même valeur, et que dans tous les cas où le créancier n'articule pas que sa signification lui a été surprise par des manœuvres frauduleuses, l'acte sous seing privé portant renonciation à privilége ou à hypothèque fait preuve contre le créancier, en vertu de la règle d'après laquelle l'acte sous seing privé, reconnu par celui à qui l'on oppose, a la même foi, entre ceux qui l'ont souscrit, que l'acte authentique (1). On trouvera une application spéciale de ce point de droit dans nos observations sur la renonciation par la femme à son hypothèque légale (voy. *suprà*, n° 486).

1236. Quant à la renonciation *tacite*, c'est celle qui, sans être exprimée, résulte cependant de certains actes ou de certains faits qui en suppose nécessairement l'existence. L'art. 508 du Code de commerce fournit un exemple d'une telle renonciation quand, après avoir dit que les créanciers hypothécaires et privilégiés n'ont pas voix délibérative dans les opérations relatives au concordat, et que leurs créances n'y sont comptées que s'ils renoncent à leurs priviléges ou hypothèques, il ajoute que le vote au concordat emporte de plein

(1) Voy. Paris, 13 avr. 1854 (S.-V., 54, 2, 336 ; *J. Pal.*, 1853, t. I, p. 692.—Voy. aussi MM. Aubry et Rau (t. II, p. 919 ; 4e édit., t. III, p. 489).

droit cette renonciation : vainement le vote serait-il accompagné d'une réserve des priviléges ou hypothèques : la réserve serait sans efficacité (1). Mais, dans la pratique, d'autres faits et d'autres actes, ayant un caractère moins spécial, sont admis comme impliquant également renonciation.

1237. Ainsi en est-il du consentement donné par le créancier à la vente, à la donation ou à l'échange de l'immeuble grevé du privilége ou de l'hypothèque, soit que le consentement ait concouru avec l'acte d'aliénation, soit qu'il n'ait été donné qu'après par voie de ratification ou autrement. C'était la règle consacrée par le droit romain (l. 4, § 1, ff. *Quid mod. pign.*, etc.) ; elle était admise dans notre ancienne jurisprudence française, sur ce fondement que "le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque." (2) Or, cette considération n'est pas moins vraie sous notre droit actuel que sous l'ancienne jurisprudence française ; et la Cour de cassation s'en est visiblement inspirée en décidant que la donation de biens immeubles faite par un créancier à son débiteur peut, d'après les circonstances de la cause, emporter, quant aux biens donnés, renonciation de la part du créancier donateur à l'hypothèque générale qu'il a sur les biens présents et à venir du donataire, alors surtout que, s'agissant d'une donation par contrat de mariage, cette renon-

(1) Voy. Rej., 26 août 1851 (*J. Pal.*, 1852, t. I, p. 12). Toutefois, la déchéance de l'art. 508 du Code de commerce ne serait pas applicable au cas où les délibérations seraient restées sans effet et où un concordat n'aurait pu, en définitive, être formé. Bourges, 15 mars 1865 (*J. Pal.*, 1866, p. 601 ; S.-V., 66, 2, 149). De même il faut dire que le vote de la femme au concordat de son mari tombé en faillite ne fait pas obstacle à la persistance de son action personnelle et hypothécaire pour la portion de la dot dont elle n'a pas pu, à raison de l'état de faillite, réaliser le recouvrement. Rej., 11 nov. 1867 (Dall., 67, 1, 405).

(2) Voy. Pothier (*Tr. des Hyp.*, ch. 3, § 5),

ciation peut avoir pour effet d'assurer une préférence aux droits hypothécaires de la future (1).

Toutefois, si le concours du créancier à l'acte ou sa signature pouvait s'expliquer autrement que par la supposition d'un abandon de ses priviléges ou hypthèques, ces garanties ne devraient pas être considérées comme remises et abandonnées. Par application de cette règle, la Cour de Cassation a admis qu'au cas de vente par un mari, avec le concours de sa femme, d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale, les juges peuvent décider, par interprétation des stipulations accessoires du contrat, que la femme n'a renoncé à son hypothèque légale sur l'immeuble vendu qu'en ce qui concerne l'immeuble même et au profit de l'acquéreur uniquement, mais qu'elle a voulu conserver le bénéfice de l'hypothèque sur le prix de vente (voy. n° 485 (2). On trouve une autre application de la règle dans cette décision unanimement admise, que le créancier peut, sans compromettre les sûretés hypothécaires attachées à sa créance, intervenir à l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de son privilége ou de son hypothèque, lorsqu'il y intervient et le signe soit comme notaire ou témoin, soit *honoris causâ*, par exemple en qualité de parent ou d'ami dans un contrat de mariage, à moins qu'il n'ait sciemment laissé insérer dans l'acte, sans réclamer, que l'immeuble est franc et quitte de tout privilége ou hypothèque (3).

1238. Ce que nous disons du consentement à la vente, à la donation, à l'échange, il faut le dire aussi du consentement

(1) Voy. Req., 10 avr. 1855 (S.-V., 55, 1, 653).

(2) Voy. Rej., 6 nov. 1855 (S.-V., 56, 1, 235 ; Dall., 55, 1, 449 ; *J. Pal.*, 1855, t. II, p. 454). *Comp.* Cass., 26 août 1862 (S.-V., 62, 1, 920 ; Dall., 62, 1, 344 ; *J. Pal.*, 1863, p. 62).

(3) Voy. Paris, 5 février 1822 ; Bruxelles, 7 mars 1838. — *Junge* ; MM. Maleville (art. 2180) ; Delvincourt (t. III, note 7 de la page 181) : Grenier (t. II, n. 508) ; Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 422, n. 8 et suiv.) ; Troplong (n. 869) ; Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 525, 526) ; F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n. 8866) ; Martou (n. 1340).

donné par le créancier à ce qu'une hypothèque soit constituée par le débiteur sur l'immeuble affecté de sa propre hypothèque (1). Néanmoins, comme l'exprime Pothier (2), " la remise qui résulte de ce consentement souffre plus de difficultés que celle qui résulte du consentement à l'aliénation de la chose, car le créancier qui consent à ce que le débiteur hypothèque à un autre la chose qui lui était hypothéquée peut n'avoir pas eu l'intention de remettre son hypothèque, mais seulement celle de consentir que le dernier créancier passe à sa place." C'est donc ici, comme, d'ailleurs, dans le cas précédent, une question à résoudre par l'appréciation des circonstances. Seulement, nous dirons, avec la majorité des auteurs, que nul n'étant présumé renoncer légèrement à ses droits, l'interprétation doit tendre a envisager le consentement comme ayant pour objet la priorité du rang plutôt que la remise de l'hypothèque (3).

---

* 9 *Déc. du B.C., p.* 182. *C.S. Québec*, 1859 *Symes, Demdr vs. DcDonald, Déf., Robertson, Oppt et Symes, Contest.* } Held : — That a person who consents to the hypothecation in favor of another, of real estate already hypothecated in his own favor, will be held to have waived his priority of mortgage in favor of the creditor obtaining such subsequent mortgage.

The defendant sold to one Peter Smith certain real estate, in consideration of the sum of £1700; which sale was duly registered. Some months subsequently, the defendant and the said Smith, entered into a notarial obligation in favor of Symes, the plaintiff, by which they acknowledged to owe

(1) Voy. Bordeaux, 17 mars 1830; Caen, 1er févr. 1848 (S.-V., 30, 2, 326; 49, 2, 451).

(2) Voy. Pothier (*Cout. d'Orléans*, tit. 20, n. 64).

(3) Voy. MM. Persil (art. 2180, n. 26); Delvincourt (*loc. cit.*); Grenier (t. II, n. 505); Merlin (*Rép.*, v. Hyp., sect. 1, § 13, n. 5); Zachariæ (t. II, p. 227,, note 5); Dalloz. (*loc. cit.*, n. 6); Troplong (n. 871).—Voy. aussi Cass., 2 mars 1830 et 29 janv. 1855 (S.-V., 30, 1, 342; 55, 1, 81).

him £10,000, and jointly and severally promised to pay that sum with interest in ten years; and for the due payment of this sum and interest, the defendant, and Smith, acting jointly, hypothecated the real estate acquired by Smith from the defendant as above mentioned, and upon which the defendant held a *bailleur de fonds* claim for the amount of the purchase money, £1700. This deed of obligation was duly registered. The defendant afterwards transfered his *bailleur de fonds* claim to Robertson, the opposant, and the real estate so sold by the defendant to Smith, and hypothecated by them both to Symes, was brought to sale in the cause. Robertson then filed the opposition for the *bailleur de fonds* claim so transfered to him, and Symes also filed an opposition claiming the £10,000 for which the real estate in question was hypothecated to him by the defendant and Smith. Symes also contested the opposition of Robertson as representing McDonald, the defendant, on the ground that McDonald, by consenting to the mortgage in favor of Symes, in effect waived his prior *bailleur de fonds* claim, in so far at least, as he Symes was concerned, and that he Robertson could exercise no further or greater right by the transfer than McDonald himself possessed.

Stuart, A. for Robertson, contended, that the mere presence of McDonald at the time of the passing of the deed giving the mortgage to Symes, was not of itself sufficient to cause his mortgage to be postponed in favor of that of Symes; that the mere presence of an hypothecary creditor, whether as a witness, or otherwise, at the granting of a subsequent mortgage was not sufficient of itself to operate as a renouncement of his claim in favor of such subsequent mortgage; (Meredith, Justice: In other words, does the fact of McDonald being a party to the deed granting such subsequent mortgage, operate as a postponement of his prior mortgage?) It is pretended that in no case can the presence of an hypothecary creditor operate as a postponement of his mortgage, except such preference is expressly given by the deed grant-

ing such subsequent mortgage — unless founded upon the supposed fraud of the creditor in concealing or keeping silent as to the existence of the prior mortgage; Now in this case no such charge can be prefered against McDonald, for not only was his mortgage duly registered before the granting of the subsequent mortgage to Symes, but allusion is made to his *hypotheque* in the very deed giving a mortgage to Symes, and therefore Symes must be presumed to have been aware of McDonald prior mortgage, and if he was desirous of having a preference over it, he ought to have had such preference stipulated and expressed in the deed, not having done so, he must be presumed to have relied upon such subsequent mortgage without preference over McDonald's claim. And it would be a manifest injustice to Robertson, who was the *bonâ fide* holder of the assignment, to grant a preference to Symes, you were aware of McDonald's prior mortgage at the time the deed was passed, and you did not think proper to stipulate that you should have a preference over it, and by your omission to do so, I was induced to pay away my money and accept an assignment from McDonald of his prior claim, and now you want to deprive me of my rights, and to obtain a preference over my prior claim so assigned to me by McDonald;—Symes, if he were desirous of obtaining a preference over McDonald's claim, ought to have had such preference stipulated in the deed, and not having thought proper to do so, he must abide by the consequences.

Bossé, for Symes, maintained, that the principle of law was perfectly clear upon the point, that an hypothecary creditor who became, as McDonald had in the case, a party to a deed granting a subsequent mortgage in favor of a third party, must thereby be presumed to give a preference to such subsequent mortgage and to give it priority over his own claim, and that if he wished to avoid this, and to preserve the priority of his own mortgage, he must expressly stipulate for its preservation by a special clause in the deed granting such subsequent mortgage to which he is a party:

and that McDonald not having done so he must be considered as having given a preference to Symes' claim, and besides that he had in and by the deed giving the hypothec to Symes, agreed and undertaken to *faire valoir* in favor of Symes; and that Robertson by the assignment could acquire no greater right from McDonald than McDonald himself possessed, and therefore the contestation must be maintained.

MEREDITH, Justice.—This case has been heard upon the opposition of Alexander Robertson, as the assignee of Angus McDonald, and that opposition has been contested by George B. Symes, also an opposant.

The question for the consideration of the Court is, as to whether the prior *bailleur de fonds* claim of Angus McDonald, is to be postponed to the subsequent hypothecary claim of Symes, in consequence of the co-operation on the part of McDonald in the creation of the mortgage in favor of Symes. The facts are few and simple.

Angus McDonald, by deed of sale bearing date the 27th day of April, 1853, sold to one Peter Smith certain real estate in consideration of £1700 cy., and this deed of sale was duly registered on the 20th. of May of the same year.

Some months afterwards, namely, on the 15th. day of November 1853, the same Angus McDonald, and Peter Smith, entered into a notarial obligation in favor of George Burns Symes, by which they acknowledged to owe him £10,000, and jointly and severally promised to pay that sum, with interest, in ten years; and for the due payment of the last mentioned sum and interest, Angus McDonald and Peter Smith, acting jointly, hypothecated the real estate acquired by Smith from McDonald, by the deed of 27th April 1853, already mentioned; and upon which, McDonald, under that deed, had a *bailleur de fonds* claim for £1700.

This deed of obligation was afterwards, namely, on the 18th November, 1853, duly registered. Angus McDonald afterwards transfered the *bailleur de fonds* claim so due to him, to Alexander Robertson, the present opposant; and the

real estate sold by McDonald to Smith, and hypothecated by them both to George B. Symes has been brought to sale in the present cause.

Robertson has filed an opposition for this *bailleur de fonds* claim so transferred to him: Symes has also filed an opposition claiming the £10,000, for which the real estate in question was hypothecated in his favor, by Smith and McDonald, by the deed of the 15th. day of November, 1853; and Symes has contested the opposition of Robertson, as representing McDonald, on the ground that McDonald, by consenting to the mortgage in favor of Symes, in effect waived his prior claim of *bailleur de fonds*, in so far, at least, as regards Symes.

At the time of the argument I was under the impression that although the obligation in favor of Symes was a joint and several obligation on the part of Smith and McDonald, yet, that each of those persons had separately mortgaged his own real estate, but afterwards, on reference to the deed of obligation, I found it made more in favor of Symes than I supposed; inasmuch as McDonald has acted jointly with Smith in hypothecating, in favor of Symes, the real estate upon which McDonald's *bailleur de fonds* claim rested. This seems to me to bring the present case within the rule that a person who consents to the hypothecation in favor of another, of real property already hypothecated in his own favor, is presumed to waive his priority of mortgage in favor of the creditor obtaining such subsequent mortgage.

Numerous authorities were cited by the learned counsel for Mr. Robertson, tending to show that the mere presence of an hypothecary creditor, whether as a witness, or otherwise, at the granting of a subsequent mortgage would not, of itself, be sufficient to cause the mortgage of such creditor to be even postponed, unless there was some ground for charging the creditor, so sought to be postponed, with fraud or unfair concealment. But, in the present case, McDonald did not merely witness the granting of a mortgage to another,

upon the premises already incumbered in his own favor ; he did more, for he acted jointly with Smith in creating the subsequent mortgage in favor of Symes, and jointly with Smith, received the consideration £10,000 thus, as it seems to me, in the most affectual manner consenting to the creation of Symes' subsequent mortgage.

The authorities applicable to the present case, as viewed in the light just mentioned, seem to me to be clearly in favor of the pretention of Symes, and I shall content myself with citing two or three passages, as showing what was the old law of France on this subject; to which I shall add a few modern authorities.

POTHIER, *Traité de l'Hypothèque*, vol. 5, p. 468, says :—" Le " consentement que donne le créancier à l'aliénation, ou " même à l'obligation de la chose hypothéquée, renferme " une remise tacite de son droit d'hypothèque."

The learned writer then explains the ground upon which an hypothecary creditor who consents to a sale is presumed to waive his right, and adds :—" Il en est de même lorsque le " créancier a consenti que le débiteur obligeât à un nouveau " créancier la chose hypothéquée, car le débiteur n'ayant " pas besoin du consentement du premier créancier pour " constituer, à un nouveau créancier, une hypothèque qui " n'aurait lieu qu'après la première, le consentement du pre" mier créancier ne peut guère paraître donné et requis à " d'autre fin que pour remettre son hypothèque."

In the present case, Smith could have mortgaged his property in favor of Symes without the co-operation of McDonald, and I do not think I would be justified in supposing that co-operation was given without some object ; and the only object the parties could have had in view in obtaining on the one hand, and on the other in giving the co-operation in question, was to render the mortgage in favor of Symes as effectual as it could be made by the joint act of Smith and McDonald. It is to be observed also that Mrs. McDonald became a party to the obligation in favor of Symes for the

purpose of barring her rights, and if she was required to bar her rights, it is not to be presumed that the parties intended that Mr. McDonald should retain his previledged claim, so as, to the extent of that claim, to defeat the mortgage which he himself had assisted in creating in favor of Symes.—But whatever may have been the intention of the parties it seems plain that McDonald, by acting jointly with Smith in granting the mortgage to Symes, effectually consented to the granting of that mortgage; and according to the authorities, that, of itself, suffices to cause the second claim to be preferred to the first.

In Guyot's Rep. vol. 8, page 667, it is said :—" Lorsque le " premier créancier a consenti que le débiteur obligeât la " chose déjà hypothéquée à un second, on ne présume pas " qu'il ait voulu absolument remettre son droit, mais seule- " ment céder l'avantage de la priorité au nouveau créan- " cier."

The modern authorities are equally clear; Troplong, Priv. et Hyp. nº 871, says :—" Le créancier qui consent que la " chose soit hypothéquée à un autre, est censé renoncer aussi " à son hypothèque." — " Paulus respondit, Sempronium " antiquiorem creditorem consentientem quùm debitor eam- " dem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remis- " sisse videri." L. 12 s. Quib. mod. pig. vel. hyp. solv.

2, Grenier, Hyp. No. 505, p. 451.—" La renonciation à l'hy- " pothèque résulte, non-seulement, comme nous l'avons vu, " du consentement donné par le créancier à la vente de la " chose qui lui est hypothéquée, mais elle s'induit encore du " simple consentement à ce que cette chose soit hypothéquée " en faveur d'une tierce personne. Cette décision n'offre " aucune difficulté; elle est fondée sur les mêmes motifs " que pour le cas de la vente."

These authorities seem to me to be only reasonable. A person who consents to the granting of a mortgage upon real estate, already incumbered in his own favor, virtually consents that the creditor obtaining such second mortgage shall

be paid from the proceeds of the sale of the real estate so hypothecated in favor of such creditor ; and the person granting such consent ought not to be allowed to render it nugatory by urging his own prior claim to the prejudice of the subsequent mortgage created with his own consent. In the present instance the prior hypothecary creditor has even less reason to complain than in ordinary cases, as he himself not only aided in creating the second mortgage jointly with Smith, but, as already mentioned, received, with Smith, the consideration for which the second mortgage was given, namely £10,000.

I had intended to have noticed some english and american cases bearing on this subject, but I shall not do so as I find that they are all distinguishable from the present case in this respect, that the present judgment rests on the formal consent of the first mortgagee to the creation of the second mortgage, whereas no such consent was given in any english or american case that I have seen. The cases to which I refer will be found collected in Story's Eq. Jur., vol. 1, pp. 391, 392, 393.

I do not fail to bear in mind that the learned counsel for the opposant, Robertson, relied much on the knowledge which Symes must be presumed to have had of McDonald's claim, in consequence of its having been duly registered, and also in consequence of the reference, in Symes' mortgage, to the sale of the 27th. April 1853, from McDonald to Smith.

These considerations would doubtless be of importance if the claim to have McDonald's privilege as *bailleur de fonds* postponed, rested upon any charge of fraud or concealment against McDonald ; but, as in this case, the ground of postponing McDonald's *bailleur de fonds* claim, is his own consent to the granting of the subsequent mortgage, any knowledge which Symes may be supposed to have had of the existence of McDonald's claim is, to say the least, comparatively unimportant. Indeed, it may not be unreasonably supposed that it was in order to provide against

such claims that the mortgage in favor of Symes was prepared in the manner already mentioned.

Another point contended for by the learned counsel for Robertson was, that although the participation by McDonald in the granting of the mortgage to Symes might possibly have been injurious to him had the demand for his *bailleur de fonds* claim been made by himself, yet that Robertson, whose good faith has not been questioned, cannot be affected by the participation of McDonald in the creation of Symes' mortgage. I cannot, however, adopt that view ; if the consent given by McDonald had the effect of postponing his *bailleur de fonds* claim to Symes' mortgage, the relative position of the two claims could not be changed by the transfer of one of them to a third party.

For these reasons, I am of opinion that the contestation of Symes must be maintained in so far as to enable Symes to be collocated in preference to the opposant Robertson.

---

* 17 *Déc. B.C., p.* 458, *C. d'appel, Québec* 1867. *Robertson appt. et Young ès-ql. rep. inst., intimé.* } JUGÉ : — Que quand le bailleur de fonds concourt à la création d'une hypothèque sur la propriété affectée à son privilége, son privilége se trouve primé par cette hypothèque subséquente.

In a cause in the Superior Court, wherein Symes et al. were plaintiffs, and McDonald et al. were defendants, certain immoveable property belonging to McDonald was taken in execution and sold. The proceeds of the property were before the Court for distribution, and the appellant, Robertson, became an opposant, as did also Symes.

The appellant claimed to be paid by previlege of *bailleur de fonds*, £1700, with interest from the 15th January 1856. His opposition set forth that, on the 27th April 1853, by deed before Aylwin and another, notaries, McDonald sold certain real estate to one Peter Smith, and that Smith undertook to pay £1700 for the same in twenty years, to be reckoned from

the 1st May 1853, with interest at the rate of five per cent. per annum. That on the 15th May 1855, McDonald, for valuable consideration, assigned to the appellant the said £1700, due by Smith to him, McDonald, and he substituted and subrogated the appellant in his stead.

Symes filed an opposition, and claimed to be paid the sum of £10,000 currency, with interest, under a deed bearing date the 15th November 1853, whereby McDonald and Smith jointly and severally bound themselves to pay the said £10,000 to Symes.

Symes contested the opposition of the appellant, and alleged the mortgage in his favor, the identity of the properties mortgaged to him and to the appellant, representing McDonald, and further:

" Que les droits d'hypothèque que pouvait avoir le dit McDonald sur les dits immeubles lors de la passation du dit acte d'obligation, du 15 novembre 1852, ont cessé d'exister, et ont été éteints lors de la passation d'icelui dit acte d'obligation, par le consentement et l'acquiescement donné par le dit McDonald au contenu du dit acte, et par la participation de lui dit McDonald à icelui dit acte, au moyen duquel iceux dits immeubles furent hypothéqués en faveur du dit Symes."

"Qu'au moyen du dit acte, iceux dits immeubles ayant été hypothéqués par le dit McDonald et le dit Smith en faveur du dit Symes, sans aucune réserve quelconque, pour et au montant de la dite somme de £10,000 courant et des intérêts à en provenir, et ce conjointement et solidairement entre eux, le dit McDonald n'a pu conserver alors des droits d'hypothèque antérieurs au dit acte d'obligation, dont l'effet aurait pu empêcher le paiement de la dite somme capitale de £10,000 courant et des intérêts à en provenir."

" Que le dit McDonald ne pourrait être admis lui-même à faire valoir les prétendus droits d'hypothèque résultants du dit acte de vente du 27 avril 1853, et que partant le dit Alexander Robertson, son cessionnaire, ne peut maintenir sa dite

opposition à l'encontre du dit Symes, puisqu'il ne peut réclamer plus de droit que le dit McDonald."

The following judgment was rendered by the Superior Court (MEREDITH, J.,) on the 17th February 1859, postponing the claim of the appellant to that of Symes, now represented by the respondent, executor of his will :—

"The Court having heard the parties on the merits of the contestation raised by the said opposant, George Burns Symes, to the opposition in this cause filed by the opposant Alexander Robertson ; seeing that Angus McDonald, now represented by the opposant Alexander Robertson, sold to one Peter Smith, by a deed of sale, bearing date the 27th April 1853, certain real estate described in the opposition of the said Alexander Robertson, in this cause filed, for the sum of £1700 currency, which said real estate has since been sold in this cause ; seeing also that the said Peter Smith, acting jointly with the said Angus McDonald, afterwards hypothecated the same real estate in favour of the said opposant, George B. Symes, for the sum of £10,000 currency, and interest, as appears by the deed of obligation bearing date the 15th November 1853, made and executed by the said Angus McDonald and Peter Smith, in favor of the said George B. Symes, a copy of which deed of obligation is filed in this cause by the said George B. Symes ; and considering that thereby the said Angus McDonald affectually consented to the creation of the said hypothecary claim in favor of the said George B. Symes, and that the legal effect of the said consent so given by the said Angus McDonald, was to cause the *bailleur de fonds* claim for £1700, which the said Angus McDonald then had upon the real estate so hypothecated in favor of George B. Symes, to be postponed to the said hypothecary claim of the said George B. Symes,—doth in consequence order that, in the distribution of the proceeds of the sale of the said real estate now before this Court, the said George B. Symes shall be collocated for the said sum of £10,000 currency, with interest thereon from the 15th

November 1853, in preference to the claim of the said Alexander Robertson, (as representing the said Angus McDonald,) for the said sum of £1700 currency, and interest due thereon; and the Court doth to that extent maintain the said contestation of the said George B. Symes, and doth condemn the said Alexander Robertson to pay to the said George B. Symes the costs of the said contestation."

The arguments and authorities, and the judgment of MEREDITH, J., in the Superior Court, are reported, 9 L. C., Reports, 182.

VANNOVOUS, Q. C., for Appellant, contended that, as the previleged claim of McDonald as *bailleur de fonds* had been duly registered, and, as Symes had notice thereof, McDonald could not be held to have relinquished his privilege by being a party to the subsequent deed of mortgage in favor of Symes, unless that deed contained an express stipulation of waiver on the part of McDonald. If Symes had intended to take rank before McDonald, it was his duty to have required of McDonald a special covenant to that effect. McDonald was a covenanting party to the deed of mortgage of the 15th November 1853, and his presence should not be construed as involving on his part a surrender of any right which he did not expressly consent to yield.

BOSSÉ, for respondent. — Les propriétés vendues par McDonald à Smith, et hypothéquées par ce dernier en faveur de Symes, ont été vendues en la présente cause pour une somme bien moindre que celle du prix de la première vente. L'appelant a produit une opposition, réclamant, à l'exclusion de tous autres, son droit d'hypothèque, comme représentant McDonald, avec privilége de bailleur de fonds. Symes a contesté cette demande, en disant que cette hypothèque et le privilége de bailleur de fonds avaient cessé d'exister quant à lui, lors de la passation de l'acte du 15 novembre 1853, par le consentement et l'acquiescement de McDonald au contenu du dit acte, et par la participation de McDonald à cet acte, qui avait créé l'hypothèque de Symes.

BADGLEY, J.—The contestation in this case was a conflict between two opposants *afin de conserver*, upon the distribution of the proceeds of certain lands and tenements, sold by the sheriff, in the possession of Angus McDonald, at the suit of his judgment creditor, George B. Symes. The lands originally belonged to McDonald, and were sold by him to Peter Smith, by notarial deed of sale of 27th April, 1853, for £1700, payable at the expiration of ten years, with interest annually. In November of the same year, McDonald & Smith executed their notarial obligation in favor of Symes, for £10,000 of indebtedness for advances made to them, in which obligation they united as parties of the one part, in favor of Symes of the other part, and bound themselves jointly and severally to pay their indebtedness in ten years, with annual iuterest, and for securing the payment of their debt, they as such joint parties of the one part, mortgaged and hypothecated to Symes, accepting thereof, the immoveable property thereinafter described, namely, certain property belonging to McDonald individually, then certain property of Smith's, neither of which has relation to this case, and finally the lands and tenement sold by McDonald to Smith for £1700 above mentioned. Then they bound themselves to hold part of the property insured, at their joint expense, for the benefit of Symes, and took all other necessary precautions to have the property rendered fully and completely available for the security intended, and finally, Mrs. McDonald intervened in the act with the special authority of her husband, and barred her dower and matrimonial rights upon the property, to wit, "the aforesaid lands and premises," plainly including the real property belonging to her husband, and also the lots and parcels of land sold by him to Smith. The covenants and stipulations contained in this deed of obligation to Symes by these joint and several obligees, manifest perfect knowledge and deliberate intention by both, and their assent to the deed as stipulating parties. Two years later, by deed of obligation of January,

1855, the same McDonald and his then partner Logan acknowledged their indebtedness to Alexander Robertson, the appellant, for £1600, which they bound themselves to pay as stipulated by this deed, and, as security for the full payment of this amount, McDonald individually assigned and transferred to Robertson the £1700 due by Smith, as the price of the lands and tenements purchased by the latter from McDonald under the deed of sale of 27th April 1853, together with all his, McDonald's, rights and privileges thereunto belonging, and with the usual legal and formal substitution and subrogation of Robertson in his place under the deed of sale to Smith. Still later, by a deed of retrocession from Smith to McDonald, dated 8th September, 1855, Smith reconveyed to McDonald the said lands originally purchased by him from the latter, in whose possession, together with other real property belonging to McDonald, they were seized at the suit of Symes, and, as stated above, sold at his suit by the sheriff. It is upon the proceeds of these lands that the contestation has been raised.

The opposant Symes claims to rank as prior in right over Robertson, under the mortgage obligation of November, 1853, priming in date the obligation of the latter, dated January, 1855: but, on the other hand, Robertson claims a prior right on his part over Symes, as being the assignee of the original mortgage under the original sale to Smith, 28th April, 1853. This latter pretention is contested by Symes, upon the ground, that McDonald could not interfere with his mortgage to Symes, because, by his obligation and Symes' mortgage of November, 1853, he in effect and by law postponed, in Symes' favor, his own mortgage and privilege under the sale to Smith, and could not therefore subsequently give Robertson any preferential mortgage right over Symes, and that the entire proceeds of the lands sold being insufficient to cover Symes' mortgage, Robertson's claim was ineffectual, and his opposition could not avail him against Symes' mortgage.

The contestation then loses its original character to some extent as to the contending parties, because Robertson, claiming only as the assignee of McDonald, and having only McDonald's rights, the really contending parties are Symes and McDonald, and the real contestation is the legal extent and effect of McDonald's mortgage right immediately after he had become a party to Symes' obligation of November, 1853, and had as such party made the mortgage engagements therein contained. Now it is a recognized principle of law that mortgages, like all other proprietory rights in the power and at the disposal of their owner, may be dealt with as he may think proper, whilst they are also subject to such modes of extinction and remission as he may, expressly or as the law may impliedly, direct. Amongst these modes are renunciations by a creditor of his right of mortgage, the reasons for which are elaborated by Paul Pont, a much esteemed French jurist, as follows, in his Traité de l'Hypothèque: " La donnée de la loi, le principe auquel elle obéit, c'est que chacun a la libre administration des droits qui lui appartiennent, et que tout titulaire d'un droit est maître de s'en dessaisir et de l'abandonner dès qu'il lui convient de ne pas l'exercer. Ceci nous montre tout d'abord, que envisagée dans sa nature intime, la renonciation aux priviléges et hypothèques est un acte essentiellement unilatéral. S'il s'agissait ici d'une convention proprement dite, la seule volonté du renonçant ne suffirait pas à la former: le droit résultant du privilége et de l'hypothèque ne s'éteindrait que par le concours et l'effet de consentement échangés entre le renonçant et le bénéficiaire de la renonciation. Mais, comme précisément la remise des sûretés hypothécaires ne constitue ni une convention ni une stipulation pour autrui, comme elle est le simple abandon d'un droit, elle est parfaite, complète et efficace vis-à-vis de tous, alors même qu'elle émane du créancier seul, et la renonciation de la part du créancier hypothécaire à son hypothèque est irrévocable, et n'a pas besoin, pour produire ses effets à l'égard du créancier appelé

à en profiter, d'être acceptée par lui, soit par le débiteur de l'immeuble, soit par le débiteur dont les biens sont grevés de l'hypothèque éteinte." And the same principle is enunciated by Troplong, in his 4th vol. of *Traité de l'Hypothèque*, etc., no. 868.—Assuming then the power of the creditor to renounce and abandon his mortgage, his renunciation may be either express or tacit, but does not require to be made in any particular form to render it effective :—" Elle vaut lorsqu'elle est formellement exprimée, mais elle vaut aussi lorsqu'elle s'induit d'un acte ou d'un fait quelconque qui la suppose. C'est une doctrine certaine, que, de tous temps, la renonciation a pu être expresse ou tacite, mais l'un et l'autre mode ont leurs particularités." These are defined as follows: the former " est celle qui est formellement exprimée par le créancier qui abandonne ses sûretés hypothécaires ;" the latter " est celle qui, sans être exprimée, résulte cependant de certains actes ou de certains faits qui en supposent nécessairement l'existence." These definitions and distinctions are to be found in the hypothecary treatises of Pothier and Troplong. The express renunciation needs no further reference than to remark that where it exists and is constituted in writing, and is unequivocal in its terms, its directions of course must be followed, and no difficulty can in general arise regarding it. The tacit renunciation however is not of so simple a character, although its legal validity and effect are carefully and fully established by jurisprudence. This is the kind of renunciation set up in the contention in this case by the opposant Symes, and its consideration will rest not a little upon legal authority, without losing sight , however, of the facts and circumstances accompanying the execution of the obligation and mortgage of November, 1853. The authors, in treating of the tacit renunciation, have required something active to be done by the creditor to jeopardize his rights ; his passiveness cannot affect him, such as his mere knowledge of his debtor's alienation of the property charged with his mortgage, nor his own mere pre-

sence when the deed of alienation was executed; and Pothier, whose opinions upon this subject are the text of all the modern French authors, has thus explained it: "Le consentement que donne le créancier à l'aliénation, ou même à l'obligation de la chose hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque. Le créancier est censé avoir tacitement remis le droit d'hypothèque qu'il a sur un héritage, lorsqu'il a consenti à l'aliénation de son héritage sans faire réserve de son droit d'hypothèque. La raison est, que le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paraître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque." So also Basnage, Tr. de l'Hypothèque, p. 89; and the modern authors, Grenier, 2 vol., no. 503;—Merlin, Rep., vbo. Radiation de Hypothèque, p. 479;—2 Paul Pont, no. 1237;—2 Persil, Rég. Hyp., p. 226, no. 16;—Troplong, no. 868, and others who almost use Pothier's words. But Pothier passes from the case of the alienation by the debtor, to another example more germane to this contention. He says: "Il en est de même lorsque le créancier a consenti que le débiteur obligeât à un nouveau créancier la chose hypothéquée, car le débiteur n'ayant pas besoin du consentement du premier créancier pour constituer à un nouveau une hypothèque qui n'aurait lieu qu'après la première, le consentement du premier créancier ne peut guère paraître donné et requis à d'autre fin que pour remettre son hypothèque;" but in this latter case the intention of the parties might be ascertained, to know whether the creditor intended to give up his mortgage absolutely, or only to postpone its rank after that of the new creditor; and he adds that, "régulièrement la présomption est que le créancier qui a consenti à la nouvelle hypothèque, a remis la sienne." A host of ancient and modern authors concur in the above with Pothier, who requires however that the consent should be formal, that is, not his mere knowledge of the new mort-

gage, nor his mere presence at its execution, but his participation in the debtor's act, as by becoming a party to the transaction, affixing his signature as such party to his debtor's deed, and such like, thereby establishing against himself the presumption or implication of law as to his consent to the new mortgage, and his tacit renunciation of his own. These plain and explicit authorities, applied to the deed of obligation and mortgage of November, 1853, deprive McDonald of all possible pretention to have retained his mortgage; he did not only not object against the new mortgage to Symes of the lands sold to Smith, but be actually, as an interested party to the deed, joined with Smith in making the new mortgage, manifesting his intention to remit his own mortgage to that of Symes. But it is argued that these tacit renunciations are only legal presumptions, whose force, as Merlin says, is to be measured *sur les circonstances*, and this author cites from Domat the following wise and equitable rules upon the subject: "Un créancier ne perd son hypothèque par son consentement, que lorsqu'il paraît évidemment que son intention est de la remettre, ou qu'on pourrait lui imputer de la mauvaise foi pour n'avoir point déclaré son droit, devant le déclarer." "En général, on doit juger de l'effet de ces approbations, par des signatures ou autrement, selon les circonstances de la qualité des actes, de celles des personnes, de la connaissance qu'elles peuvent avoir du tort que peut faire ou leur approbation ou leur silence à leurs intérêts et à ceux des autres, de leur bonne ou mauvaise foi, etc., et des autres semblables." Now there is not a circumstance in all these rules of Domat which does not tell against McDonald. The deed of obligation and mortgage was his own voluntary deed, signed by himself as an interested party; he signed it *sciemment*, knowing all its covenants and stipulations, declaring himself with Smith to be joint party of the one part, and as such affixing his signature thereto. His signature was not that of a witness destined solely to attest the truth of

the deed, nor that of a friend merely, nor as the agent or attorney for another party, in all which cases his signature might work him no prejudice; but on the contrary his signature was that of a contracting and stipulating party, and in this matter, Soultages, de l'Hypothèque, at p. 298, makes the distinction and draws the result in plain terms, as follows: " Il faut distinguer celles qui interviennent dans l'acte et le signent comme parties, de celles qui ne le signent que comme témoins, étant certain que dans tous les cas où le créancier signe comme partie intéressée dans l'acte, il est obligé, et que par conséquent il perd ses hypothèques qu'il n'a pas déclarées, etc;"—and Basnage also says, " les jurisconsultes ont dit fort à propos qu'il fallait considérer si celui qui a signé, était partie principale ou intervenante au contrat, si il a signé comme étant son affaire, sa signature induit un consentement et une renonciation à son droit, et c'est l'espèce de la loi *si consenserit*, etc." McDonald's intervention in that deed as a party thereto, and his signature thereto as such, satisfy the law in holding his tacit renunciation in favor of his creditor Symes, and which was his legal position fixed by his execution of the deed. If, in addition to this absolute conclusion, the deed itself is examined, McDonald's intention to postpone his mortgage is manifest, not only from its terms, but from the stipulations and conventions in it to which he assented, the circumstances under which it was executed, his large amount of indebtedness, his apparent desire to make the security as full and comprehensive as possible, by the removal of all claims and incumbrances, the barring of dower by his wife, with his special authority, the insurance of property by both, for which McDonald and Smith became jointly and severally liable, their joint declaration of being joint parties to the obligation, their joint declaration that for securing the payment of their debt they together bind and mortgage the immoveable property therein described, their joint declaration as to these particular lands, particularly specifying them as " the following described

lands and premises appertaining to Smith, and by him acquired from McDonald on the 27th April last, by deed passed before Charles Aylwin, &c., notaries." Now all such internal evidence, together with the clear presumptions of law above referred to, are conclusive that McDonald, by the deed of the 15th November, 1853, at least postponed his mortgage to that of Symes, and that he had in truth and in law nothing but a secondary mortgage to transfer and cede to the appellant. Upon the whole case, therefore, the Court is of opinion that the judgment appealed from must be maintained, and the appeal dismissed.

Caron, J.—Par acte du 27 avril 1853, McDonald vendit à Smith plusieurs lots de terre, pour £1700, payables en vingt ans. Le 15 novembre 1853, obligation par McDonald et Smith, (parties à cette vente,) à G. B. Symes, pour £10,000, argent prêtés aux deux, lequel ils promettent solidairement payer dans dix ans. Le 15 janvier 1855, transport par McDonald à Robertson, (l'appelant,) de la somme de £1700 que devait Smith comme prix de la dite vente. Ces actes sont enregistrés. Young représente Symes et reprend l'instance. Les terres vendues à Smith ayant été saisies en cette cause, Robertson a fait opposition réclamant les £1700 que lui a transportés McDonald avec privilége de bailleur de fonds. Symes a contesté cette opposition, et prétend que le privilége invoqué par Robertson, comme étant aux droits de McDonald, ne peut pas être opposé à lui, Symes, parce que, par l'acte d'obligation du 15 novembre 1853, Smith, alors propriétaire du dit immeuble, l'a hypothéqué en faveur de Symes, au paiement de l'obligation; que McDonald, l'un des obligés, ne s'étant pas réservé son privilége, doit en loi être regardé comme y ayant renoncé, et avoir consenti tacitement, du moins, à ce que Symes lui soit préféré.

Cette proposition est combattue par l'appelant, Robertson, qui prétend que la présence à l'acte d'obligation de McDonald n'a nullement affecté son privilége, que pour en être privé, il aurait fallu qu'il y eut renoncé expressément, ou tacite-

ment du moins; que ne l'ayant fait ni d'une manière ni de l'autre, il le possédait encore lorsqu'il l'a cédé à lui, l'opposant, qui depuis lui a succédé, et a droit de le réclamer en cette cause, à l'encontre de Symes, contestant.

Sur ces dires respectifs, la Cour inférieure, (Meredith, J.,) a donné raison à l'intimé, Symes, représenté par Young, en décidant que la présence et l'intervention de McDonald à l'acte en question, doit être regardé comme un acquiescement de sa part à l'hypothèque créée par Smith, en faveur de Symes, et donnant à ce dernier un droit de préférence à celui de McDonald, sur les immeubles qu'il avait vendus à Smith, et sur lesquels il avait le privilége de bailleur de fonds, et qu'il avait subséquemment transportés à l'appelant; c'est là le jugement dont est appel.

La question à résoudre consiste à savoir, quel est, dans les circonstances, l'effet de la présence de McDonald à l'acte du 15 novembre 1853, et aussi quel est l'effet des termes de cet acte, sur le privilége prétendu. Quant à la question générale de savoir quel est l'effet, dans un cas pareil, de la présence du créancier, qui ne se réserve pas expressément, ou qui ne déclare pas le droit hypothécaire qu'il a sur l'immeuble vendu ou hypothéqué à un autre,—le principe est que ces questions se décident d'après les circonstances, et l'intention apparente des parties. Il est inutile dans le cas actuel de s'occuper des détails que peut soulever cette question; l'on peut se satisfaire à cet égard en référant aux autorités suivantes, savoir :—Grenier, Hypothèques, no. 508 ; Troplong, Hypothèque, no. 869; Pothier, Hypothèque, pp. 468, 469 ;—9 Nouveau Dénizart, p. 796 ;—5 Dict. Legis. p. 392 ;—4 Malc. p. 314 ;—Persil, Rég. Hyp. 252 ;—Lacombe, Hypothèque, p. 339 ;—5 Zach. 830, note 2 ;—2 Paul Pont, 1236.

Ces autorités sont applicables aux cas où le créancier assiste à l'acte comme simple étranger, sans y prendre une part active comme partie intéressée ou contractante. Dans ces cas, le créancier n'est pas présumé avoir abandonné son droit, à moins que son intention ne paraisse par les circons-

tances, ou par les déclarations qui y sont faites ; par exemple, s'il y est déclaré que l'immeuble vendu est libre de toute charge, ou que l'immeuble y hypothéqué ne l'est pas encore.

Mais, je trouve dans les auteurs une distinction, qui me paraît raisonnable, et que je suis prêt à adopter : si le créancier agit à l'acte comme partie intéressée ou contractante, il est alors censé garantir l'exécution et la validité de l'acte, et dans ce cas il sera regardé comme cédant son droit à l'acheteur, ou au nouveau créancier. Voir à ce sujet :—2 Grenier, Hypothèque, no. 508 ;—Pand. Frans. sur art. 2180.

D'après cette manière de voir, et elle me paraît correcte, McDonald ayant comparu à l'acte d'obligation, comme partie contractante et intéressée, puisque c'était aussi bien à lui qu'à Smith que le prêt d'argent était fait, il suit qu'il est en loi censé avoir consenti à ce que son privilége de bailleur de fonds fut primé par l'hypothèque à laquelle il consentait conjointement avec Smth, en faveur de Symes, son créancier.

Mais il y a plus, ce privilége est également subordonné à la dite hypothèque, par les termes mêmes de l'acte, et par la déclaration positive de McDonald lui-même. L'on n'aura pas manqué de remarquer que Smith et McDonald hypothèquent ensemble et conjointement les immeubles mentionnés en l'acte, tant ceux qui appartiennent à l'un que ceux qui appartiennent à l'autre ; ainsi les immeubles, sur lesquels McDonald a le privilége, non-seulement sont hypothéqués par Smith, mais ils le sont par McDonald lui-même, ce qui équivaut au moins à une garantie, et à un acquiescement.

De là il suit qu'en loi McDonald doit être regardé comme ayant acquiescé à l'hypothèque de Symes, d'abord parce qu'il a agi en l'acte d'obligation comme partie contractante, et ensuite parce qu'il a acquiescé formellement à l'hypothèque, en se joignant à Smith pour la consentir.

Pour ces raisons, je pense que le jugement doit être confirmé.

Judgment confirmed.

2049. Le créancier qui a une hypothèque sur plus d'un immeuble appartenant à son débiteur, peut l'exercer par action ou saisie sur celui ou ceux de ces immeubles qu'il juge à propos.

Si néanmoins tous ces immeubles, ou plus d'un des immeubles hypothéqués sont vendus et que le prix en soit à distribuer, son hypothèque se répartit au *pro ratâ* de ce qui reste à distribuer sur leurs prix respectifs, lorsqu'il existe d'autres créanciers postérieurs qui n'ont hypothèque que sur quelqu'un de ces immeubles.

2049. A creditor who has a hypothec upon more than one immoveable belonging to his debtor may exercise it upon such one or more of them as he deems proper.

If however all or more than one of the immoveables thus hypothecated be sold, and the proceeds have to be distributed, his hypothec is divided rateably upon so much of their respective prices as remains to be distributed, when there are other subsequent creditors holding hypothecs upon some one or other only of such immoveables.

Voy. *Nouv. Denisart*, cité sur art. 2017.

2050. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires d'un vendeur prennent rang avant lui, en observant entre eux l'ordre de préférence ou de priorité.

2050. The privileged or hypothecary creditors of a vendor rank before him, regard being had among them to the order of preference or priority.

Voy. autorités sur art. 2009.

[ARTICLE 2051.]

Le créancier dont la créance est suspendue par une condition ne laisse pas d'être colloqué dans l'ordre, sujet néanmoins aux conditions prescrites au Code de Procédure Civile.

2051. Creditors whose claims are suspended by a condition are nevertheless collocated in their order, subject however to the conditions prescribed in the Code of Civil Procedure.

Voy. *Domat*, cité sur art. 1079 et autorités sur art. 2017.

---

* 2 *Domat (Remy), Liv.* 3, *tit.* 1, *sec.* 3, *nº* 17. } Si une hypothèque a été donnée pour sûreté d'une dette qui dépende de l'événement incertain d'une condition, celui qui pourra devenir créancier, lorsque la condition sera arrivée, n'ayant pas encore son droit acquis, ne peut cependant exercer son action pour l'hypothèque, soit pour faire vendre le gage qui lui est affecté, ou pour demander d'en être mis en possession. Mais quand la condition sera arrivée, elle aura cet effet, qu'on appelle rétroactif, qui donnera à l'obligation et à l'hypothèque leur force du jour de leur titre, de même que s'il n'y avait point eu de condition. Ainsi, ce créancier sera préféré aux créanciers intermédiaires, c'est-à-dire qui seront survenus entre le titre de la créance et l'événement de la condition. Et il pourra cependant, avant que la condition soit arrivée, veiller à la conservation de son droit, soit en prévenant des aliénations frauduleuses, ou s'opposant aux saisies des biens sujets à son hypothèque, ou interrompant une prescription contre un tiers détenteur.

Il faut entendre cette loi 13. § 5, ff de pign. au sens expliqué dans l'article. Car il ne serait pas juste d'ôter à ce créancier futur la sûreté de son hypothèque. Mais pour ces sortes d'obligations conditionnelles on peut s'opposer à une saisie et faire assigner un tiers détenteur pour empêcher la prescription. Et l'effet de cette diligence est qu'à l'égard

du tiers détenteur le fonds demeurera obligé si la condition arrive ; et à l'égard des saisies, on ordonne, dans les ordres, que les créanciers qui se trouveront subséquens à l'hypothèque d'une dette conditionnelle, se soumettront et donneront caution à celui à qui il est dû, sous condition de lui rapporter ce qu'ils auront reçu, jusqu'à la concurrence de ce qui se trouvera dû en cas que la condition arrive. Ainsi, par exemple, si dans un contrat de mariage un parent ou autre donne une somme à l'aîné mâle qui pourra naître de ce mariage, et que les biens de ce donateur soient saisis avant la naissance d'un mâle, le mari et la femme pourront s'opposer, et faire ordonner que les créanciers subséquens qui se trouveront utilement colloqués, se soumettront et donneront caution de rendre en cas qu'il naisse un enfant mâle de ce mariage.

2052. Les dispositions relatives aux priviléges contenues dans les articles 1986, 1987 et 1988 sont également applicables aux hypothèques.

2052. The provisions concerning privileges contained in articles 1986, 1987 and 1988 are also applicable to hypothecs.

---

* 1 *Troplong, Des privil.*, *n°* 86. } Je conçois bien qu'entre créanciers qui n'ont de droit que sur la personne et nullement sur la chose, l'ordre des temps ne soit compté pour rien dans la fixation des rangs. J'en ai donné la raison (*suprà*, n° 14). Je conçois également que la même chose eût lieu chez les Romains, pour les priviléges attachés aux actions personnelles ; car les priviléges n'affectaient pas les biens, et dès-lors le créancier, ne s'étant réservé aucun droit sur les biens, n'avait aucune raison pour s'appuyer sur le privilége des temps, à l'effet de se faire payer avant les autres créanciers.

Mais, lorsqu'il y a affectation sur la chose, ainsi que cela existe dans le système de nos priviléges, celui qui est le premier en date est pour ainsi dire saisi de cette chose avant les créanciers postérieurs, qui ne peuvent prétendre de droits

qu'autant qu'il sera renvoyé indemne pour le total. Cela a lieu pour les hypothèques. On ne voit pas de raison pour faire une différence à cet égard entre les priviléges et les hypothèques, d'autant que, comme je l'ai prouvé ci-dessus (n° 27), nos priviléges ont le cortége et le secours d'une espèce d'hypothèque tacite, qui frappe la chose sur laquelle ils sont assis. On voit donc que *logiquement* il est fort difficile de trouver dans les priviléges réels l'identité de rang qui conduit à la concurrence.

CHAPITRE QUATRIÈME

DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES RELATIVEMENT AU DÉBITEUR OU AU TIERS-DÉTENTEUR.

2053. L'hypothèque ne dépouille ni le débiteur, ni le tiers-détenteur, qui continuent de jouir de la propriété et peuvent l'aliéner, sujette néanmoins au privilége ou à l'hypothèque dont elle est grevée.

CHAPTER FOURTH.

OF THE EFFECT OF PRIVILEGES AND HYPOTHECS WITH REGARD TO THE DEBTOR OR OTHER HOLDER.

2053. Hypothecs do not divest the debtor or other holder, either of whom continues to enjoy the property and may alienate it, subject however to the privilege or the hypothec charged upon it.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 2046 ; *Pothier*, sur art. 2016 et 2037 et autorités sur art. 2058.

2054. Le débiteur ni le tiers-détenteur ne peuvent cependant dans la vue de frauder le créancier, détériorer l'immeuble grevé de privilége et d'hypo-

2054. Neither the debtor nor other holder can, with a view of defrauding the creditor, deteriorate the immoveable charged with a privileged or hy-

thèque, en détruisant ou endommageant, enlevant ou vendant la totalité ou partie des bâtisses, des clôtures et des bois qui s'y trouvent.

pothecary claim, by destroying or injuring, carrying away or selling the whole or any part of the buildings, fences or timber thereon.

---

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 47, *s.* 2. } Si un débiteur personnel hypothécaire ou tiers detenteur en possession d'un immeuble contre lequel il existe des réclamations d'une nature privilégiée ou hypothécaire,—personnellement ou par l'entremise d'autres personnes, de propos délibéré et avec intention de frauder la partie qui a telles réclamations d'une nature privilégiée ou hypothécaire,—endommage, détériore tel immeuble, ou en diminue la valeur en détruisant, enlevant ou vendant aucune maison, dépendances ou bâtiment en formant partie, ou en les détériorant, ou en détruisant, enlevant ou détériorant tous bois ou aucune partie de la charpente, ou des clôtures, ou aucune pièce enclavée dans aucune maison ou bâtiment situé sur tel immeuble,—il pourra être poursuivi en dommages par le dit créancier privilégié ou hypothécaire, que la somme garantie par le dit privilége ou hypothèque soit ou ne soit pas alors payable ou exigible :

2. Et dans telle action, le demandeur pourra recouvrer du défendeur, avec condamnation comportant contrainte par corps, des dommages égaux à la diminution en valeur occasionnée par les faits du défendeur comme susdit, ou jusqu'au montant des réclamations d'une nature privilégiée ou hypothécaire, si tel montant est moindre que la diminution en valeur, mais le montant ainsi exigible sera garanti par le dit privilége ou hypothèque, et lorsqu'il sera payé il sera porté à l'acquit ou en diminution de tel privilége ou hypothèque. 22 V. (1858) c. 5, s. 49.

[ARTICLE 2055.]

2055. Dans le cas de telles détériorations, le créancier qui a privilége ou hypothèque sur l'immeuble peut poursuivre ce détenteur, lors même que la créance ne serait pas encore exigible, et recouvrer de lui personnellement les dommages résultant de ces détériorations, jusqu'à concurrence de sa créance et au même titre de privilége ou d'hypothèque ; mais le montant qu'il en perçoit est imputé sur et en déduction de sa créance.

2055. In the event of such deterioration the creditor who has a privilege or hypothec upon the immoveable may sue him, even though the claim be not yet payable, and recover from him personally the damages occasioned by such deteriorations, to the extent of such claim and with the same right of privilege or hypothec ; but the amount so recovered goes in reduction of the claim.

---

* *C. N.* 2175. } Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité ; mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.

Voy. *Sts. Ref. B. C.*, cités sur art. 2054.

Lahaie, sur art. 2175 *C. N.* } *Pandectes françaises.*—Il ne faut appliquer cette règle qu'aux véritables dégradations. Les actes de propriété ne soumettent le tiers détenteur à aucune garantie, bien qu'ils diminuent la valeur de l'immeuble, et qu'il en ait retiré bénéfice ; comme s'il a coupé, ou taillé ou abattu des arbres pour une construction.

Battur, Traité des hypothèques, n. 489.—Sans doute il serait injuste qu'il fût tenu des détériorations que le temps, la vétusté et quelque cas fortuit pourraient occasionner sur l'immeuble qu'il doit délaisser ; mais quand, par son propre fait ou sa négligence personnelle, il a occasionné des détériorations et diminué le gage des créanciers hypothécaires, il est de toute justice qu'il en tienne compte.

---

* 10 *Pont, Priv., sur art.* 2118 *C. N. n°* 355 *à* 367. } Le but final de l'hypothèque étant d'arriver à la réalisation du gage selon les formes de procéder déterminées par la loi, on peut dire en thèse générale que tout bien qui ne peut être réalisé selon ces formes, c'est-à-dire saisi immobilièrement et vendu aux enchères, n'est pas susceptible d'hypothèque. Cette règle générale, énoncée par M. Valette, se justifie d'ailleurs, comme il le montre fort bien, par le simple rapprochement et la comparaison de notre article avec l'art. 2204. En effet, ce dernier article, en énumérant les biens immobiliers dont un créancier peut poursuivre l'expropriation, désigne dans deux numéros distincts, comme notre article, et par des expressions identiques, les biens mêmes que notre article signale comme susceptibles d'hypothèque. Et la Cour de cassation a statué dans l'esprit de cette règle par un arrêt duquel il résulte que des biens frappés d'insaisissabilité sont, par cela seul, à l'abri de toute inscription hypothécaire. Dans l'espèce, des immeubles avaient été légués sous la condition expresse qu'ils seraient insaisissables de la part des créanciers du légataire. Néanmoins, quelques créanciers, dont le titre était antérieur à l'ouverture de la succession, avaient obtenu, par jugement, l'autorisation de s'inscrire sur tous les biens du légataire jusqu'à concurrence de leur créance ; et ils avaient pris inscription sur tous les biens appartenant, ou ayant appartenu, ou qui appartiendraient à leur débiteur. Mais, sur l'appel, le jugement a été infirmé ; l'inscription a été déclarée nulle

en tant qu'elle frappait sur les immeubles provenus au débiteur du testament par lequel ils avaient été constitués insaisissables; et l'arrêt infirmatif a été maintenu par la Cour de cassation sur ce motif que, par cela seul que les biens dont il s'agit étaient insaisissables par les créanciers du légataire antérieurs à l'ouverture de la succession, ils n'avaient pu être frappés par eux d'aucune inscription hypothécaire.

356. Telle est la règle générale : passons aux applications.

Les biens, nous l'avons dit ailleurs, sont immeubles, d'après l'art. 517 du Code civil, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent. On peut ajouter que, depuis la promulgation du Code civil, le législateur, s'écartant de la règle suivant laquelle le caractère mobilier ou immobilier d'un droit est déterminé par l'objet de ce droit, a immobilisé certains droits qui ont pour objet de l'argent ou des capitaux : telles sont les actions de la Banque de France; telles ont été les actions de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing, et les rentes de l'Etat immobilisées pour la formation d'un majorat. C'est là une quatrième catégorie d'immeubles qu'on pourrait qualifier immeubles par la détermination de la loi.

Reprenons successivement ces quatre classes d'immeubles.

IV.—357. Les choses immobilières de leur nature sont celles qui ne peuvent se mouvoir ni être transportés d'un lieu dans un autre, et qui ainsi ont réellement un caractère d'immobilité. On range dans cette catégorie seulement les fonds de terre et les choses qui, inhérant au fonds de terre médiatement ou immédiatement, en prennent la nature. On aperçoit dès l'abord qu'aucune difficulté ne peut s'élever sur le point de savoir si les fonds de terre qui tiennent de leur nature même le caractère d'immeubles sont susceptibles d'hypothèque. S'ils ne font pas partie du domaine public, s'ils ne sont pas inaliénables à un autre titre quelconque, en un mot, s'ils sont *dans le commerce*, suivant l'expression de la loi, les fonds de terre peuvent être saisis immobilièrement, ils peuvent être vendus aux enchères : ils tombent donc sous

l'application de notre règle générale, et l'hypothèque peut s'y attacher incontestablement.

358. La nature immobilière des choses inhérentes au sol n'est pas toujours aussi certaine; l'immobilisation dépend de certaines circonstances que la loi précise sans doute, mais sur lesquelles, néanmoins, la doctrine n'a pas toujours marché d'accord. Voyons donc quelles sont, d'après la loi, les choses qui empruntent à leur inhérence au sol, d'une manière médiate ou immédiate, la qualité d'immeubles par leur nature.

359. En première ligne, la loi signale les bâtiments, qu'elle paraît même assimiler au fonds de terre, en les rangeant avec les fonds de terre dans une disposition commune (C. civ., art. 518). C'est l'application de la règle *Quod solo inædificatur, solo cedit.* Les matériaux dont le bâtiment est formé appartenaient naturellement à la classe des meubles; mais leur adhérence au sol et la construction les ont dépouillés de leur nature primitive pour leur communiquer celle du sol auquel ils accèdent. Désormais ils font partie du sol; comme le sol, ils pourront être saisis immobilièrement et vendus aux enchères; dès lors, comme le sol, ils sont susceptibles d'hypothèque.

Notons toutefois qu'il en sera ainsi seulement dans le cas où les bâtiments seront liés au sol par une accession réelle. Sans elle, point d'immobilisation. Selon la loi romaine, "granariæ, quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si "stipites eorum in terrâ defossi sunt: quod si supra ter- "ram sunt rutis et cœcis cedunt." (L. 18, ff. *De act. empt. et vend.*) De même, nous devons dire, dans notre droit actuel, que ces constructions éphémères, qui sont faites sans fondements ni pilotis, tels que les bâtiments occasionnellement élevés pour les cérémonies publiques, pour les foires, pour les marchés, ne prennent pas la nature d'immeubles. Le Code lui-même dit en ce sens que les moulins et généralement toutes usines non fixées par des piliers *ou* ne faisant point partie de la maison, sont meubles (art. 531).

De tels bâtiments ne seraient donc pas susceptibles d'hypothèque.

Mais lorsque l'accession du bâtiment au sol est réelle, l'immobilisation se produit, encore que le bâtiment ait été élevé sur le sol par un autre que le propriétaire lui-même. Quelques auteurs, cependant, en se méprenant sur une doctrine de Pothier, ou du moins en étendant cette doctrine au delà de son objet précis, ont enseigné que le bâtiment est meuble quand il est construit par un autre que le propriétaire du sol, par exemple, par un fermier, par un usufruitier, etc. La solution ne saurait être admise. Pothier a dit, il est vrai, sous l'empire d'une législation qui, par rapport aux moulins spécialement, faisait résulter l'immobilisation de l'intention qui les aurait attachés au fonds à perpétuelle demeure, qu'un " moulin à vent ne doit être réputé immeuble que lorsqu'il a été placé sur le fonds de terre par le propriétaire de la terre, et qu'il en doit être autrement s'il y avait été placé par un usufruitier ou par un fermier de la terre..." Mais, en ce qui concerne les " édifices autres que les moulins," Pothier lui-même a reconnu qu'ils sont immeubles, en ce qu'ils font partie du fonds de terre, suivant la règle *Quod solo inædificatur, solo cedit*, et cela sans distinguer aucunement entre le cas où ces édifices sont construits par le propriétaire du sol et le cas où ils sont construits par tout autre, usufruitier ou locataire.

Cette doctrine est seule exacte aujourd'hui, et elle est absolue : elle s'applique aux bâtiments en général, car le Code les qualifie expressément *immeubles par leur nature* (art. 518), sans qu'aucune détermination de la loi leur fasse perdre ce caractère et leur attribue celui de meubles lorsqu'ils sont construits par un autre que le propriétaire du sol ; et elle s'applique aux moulins spécialement, car la loi nouvelle fait résulter l'immobilisation des moulins non plus de l'intention, dont elle ne tient aucun compte, mais de l'union physique des moulins avec le sol (art. 519). Les bâtiments sont donc immeubles aussi bien lorsqu'ils sont l'œuvre du

propriétaire du sol que lorsqu'ils ont été construits par un autre, et par suite ils sont susceptibles d'hypothèque. Sans doute, dans ce dernier cas, ce pourra être une question de savoir si l'hypothèque sera utilement concédée par le propriétaire du sol, ou encore si la saisie immobilière du bâtiment pourra être faite par les créanciers de ce propriétaire, ce que nous examinerons dans notre commentaire de l'art. 2124 (*infrà*, n° 634). Mais sur la question générale de savoir si les bâtiments sont ou non susceptibles d'hypothèque, il n'y a pas de doute possible ; ce n'est même pas là une question, puisque les bâtiments sont immeubles aussi bien et au même titre que le sol auquel ils accèdent.

360. De même que les bâtiments, et par la même cause, les fruits et les produits de la terre sont immeubles par leur nature ; ils sont susceptibles d'hypothèque. Ce n'est pas à dire qu'ils puissent être hypothéqués distinctement du fonds de terre auquel ils adhèrent ou qui les recèle ; mais l'hypothèque établie sur ce fonds s'étendra aux produits, ainsi aux récoltes pendantes par les racines, aux fruits des arbres, aux bois taillis ou de futaie (art. 520 et 521) et généralement à tous les produits du fonds quelle qu'en soit la nature. On a dit que c'est ici l'une des choses comprises dans les *accessoires* dont parle notre article ; toutefois l'observation manque d'exactitude, en ce que les fruits sont qualifiés *immeubles* par la loi (art. 521), et qu'ainsi ils rentrent, comme les fonds de terre et les bâtiments, dans le mot immeubles placé en tête de notre article.

Mais il faut prendre garde, d'une part, qu'ici encore l'immobilisation des fruits ne peut résulter que de leur inhérence réelle au fonds, et, d'une autre part, que l'extension de l'hypothèque grevant ce fonds, aux fruits qu'il produit ou qu'il recèle, ne saurait faire obstacle au droit qu'a le propriétaire de gérer et administrer sa chose. De là quelques conséquences notables.

361. Ainsi, l'immobilisation des fruits résulte de leur inhérence réelle au fonds : d'où suit que, par exemple, des

arbustes en caisse, ces caisses fussent-elles mises en pleine terre, retiendraient leur nature de meubles, à moins qu'en cet état ils fussent devenus immeubles par destination (voy. *infrà*, n° 371). Et s'ils retiennent leur nature de meubles, ils ne sont pas atteints par les hypothèques dont le fonds est grevé.

362. Ainsi, l'extension de l'hypothèque du fonds de terre à ses produits n'enlève pas au propriétaire son droit d'administration : d'où suit que celui-ci pourra faire les récoltes, percevoir les fruits et les vendre, s'il fait tout cela régulièrement, sans fraude, comme un administrateur diligent et en bon père de famille. Les créanciers hypothécaires n'ont pas à s'en plaindre ; car ils savent, quand ils traitent avec leur débiteur, que celui-ci, en hypothéquant son immeuble, n'abdique pas ses pouvoirs d'administrateur, et que s'ils acquièrent un droit réel sur l'immeuble même, ce droit (et c'est sa supériorité relativement au droit réel résultant du nantissement ; voy. *suprà* n° 320) laisse néanmoins au débiteur la possession de sa chose, et avec cette possession la faculté, qui n'en doit pas être séparée, de gérer et administrer. Les fruits ne sont donc atteints, par l'hypothèque dont le fonds est grevé, que lorsqu'ils sont adhérents à la terre ou recelés dans son sein. C'est ce que la loi du 9 messidor an 3 exprimait, en disant que l'hypothèque porterait sur la propriété des biens territoriaux, ensemble sur celle des fruits *non recueillis* et des bois *non coupés*.

363. Et ce n'est pas tout. La perception ou la coupe des fruits est un moyen d'en faire cesser l'accession et de les soustraire par là aux effets de l'hypothèque dont la propriété serait grevée ; mais ce moyen n'est pas le seul : l'accession finit encore, sinon matériellement, comme cela a lieu lorsque les fruits sont coupés et récoltés, au moins fictivement et par la volonté de la loi, lorsque, étant encore pendants, ils sont vendus par le propriétaire séparément du sol. La mobilisation des fruits procède alors de cette vente, qui n'est, comme la coupe même de la récolte, qu'un acte d'adminis-

tration : on suppose que, par l'effet de la division des propriétés résultant d'une vente qui transmet à l'acquéreur les fruits qu'elle retire au propriétaire du fonds, ces fruits sont détachés du sol, bien que matériellement ils y tiennent encore. Et en effet nombre d'arrêts, émanés de la Cour de cassation, ont décidé que la vente de fruits pour être récoltés ou de bois de taillis pour être coupés est mobilière, et que la chose vendue, jusque là réputée immeuble à raison de son accession au sol, devient meuble par l'effet de la vente, même avant la coupe ou la récolte.

Ceci posé, on se demande si l'existence de l'hypothèque doit faire obstacle à ce que le propriétaire de l'immeuble consente de telles ventes, et si les fruits, quoique vendus ainsi, resteraient atteints par l'hypothèque dont la propriété serait grevée. En principe, la solution ne saurait être douteuse. Aucune loi ne défend au propriétaire d'aliéner sans fraude les fruits mûrs de son fonds grevé d'hypothèque ; encore une fois, une telle vente rentre dans les actes d'administration, aussi bien que la coupe et la récolte des fruits ; on ne concevrait donc pas que le propriétaire, entre les mains duquel l'administration reste entière, n'eût pas la faculté de vendre. Or, dès qu'il a cette faculté, il faut bien que la vente par lui consentie ait ses effets ordinaires, c'est-à-dire qu'elle mobilise les fruits, et les transmette à l'acquéreur libres de l'hypothèque qui les avait d'abord atteints avec le fonds. Tout cela a été reconnu par la Cour de cassation, qui, tirant elle-même cette induction de sa propre jurisprudence, a décidé que le propriétaire d'un bois taillis grevé d'hypothèque peut en vendre la coupe sans que ses créanciers hypothécaires soient fondés à s'y opposer.

Toutefois la règle comporte certaines réserves : elle souffre deux limitations, dont l'une est consacrée par la doctrine et par la jurisprudence, et dont l'autre résulte de la loi.

364. D'une part, on comprend que si la règle domine d'une manière absolue lorsqu'il s'agit d'une vente ayant pour objet ces produits de la terre qui en sont les fruits proprement dits,

comme les grains, les récoltes, et généralement tout ce qui se reproduit périodiquement, il en doit être autrement de la vente dont l'objet serait ce genre de produits qui constituent, pour ainsi dire, une portion intégrante de l'immeuble, à cause de leur nature même qui les attache au fonds sinon pour toujours, au moins pour un long espace de temps, par exemple des futaies non aménagées. La vente, dans ce cas, ne peut plus être considérée comme un de ces actes d'administration qui, par l'effet d'une fiction, mobilisent les fruits; elle est une anticipation dont les créanciers hypothécaires auraient à se plaindre, et leur intérêt commande que, du moins pour cette sorte de produits, l'hypothèque grevant le fonds les atteigne eux-mêmes, et que la vente qui en a été faite ne puisse pas leur être opposée. La Cour de cassation, entraînée par les précédents dont nous parlions tout à l'heure, avait paru se prononcer en sens contraire, par un arrêt où il est dit que l'hypothèque assise sur une propriété rurale est sans effet contre l'acquéreur de la superficie d'un bois de haute futaie. Mais un arrêt ultérieur de la même Cour a fait une application plus saine des principes en considérant de tels bois, *tant qu'ils ne sont pas occupés*, comme restant affectés au créancier hypothécaire, nonobstant la vente. Il y avait, à la vérité, dans l'espèce, ces circonstances particulières que les bois avaient été vendus avant l'âge où ils pouvaient ou devaient être coupés, et avec un très-long terme pour la coupe. Toutefois ces circonstances, bien qu'à elles seules elles eussent été susceptibles de justifier la solution, ont à peine arrêté l'attention de la Cour suprême; elle se borne à les indiquer dans les motifs de son arrêt, puis, allant au-delà, elle décide en termes généraux, trop généraux peut-être, que des futaies vendues, mais non encore coupées, restent affectées aux créanciers hypothécaires, et sont comprise dans la saisie immobilière faite postérieurement à la vente. Limitée aux produits qui, à vrai dire, ne sont pas des fruits, spécialement aux futaies non aménagées, la solution doit être acceptée, car, s'agissant là de l'un de ces produits qui constituent un

capital en quelque sorte, tellement que l'usufruitier n'y pourrait pas toucher plus qu'à l'immeuble lui-même, la mobilisation ne doit résulter que du fait matériel de la séparation.

365. D'une autre part, si l'hypothèque en elle-même ne peut pas, tant que les choses sont entières, entraver le droit d'administration du propriétaire et retenir sous son action les fruits que le propriétaire a vendus, on comprend qu'il en doit être autrement lorsque les choses ne sont pas entières et que l'hypothèque est mise en mouvement, spécialement lorsque l'immeuble grevée a été frappé de saisie. La saisie immobilière a, en effet, sur les fruits, aux termes de la loi, une vertu d'immobilisation, sinon au moment même où elle est faite, au moins à partir d'une époque que la loi a nettement déterminée. Avant les modifications introduites dans le Code de procédure par la loi du 2 juin 1841, c'était à dater de la dénonciation au saisi (ancien art. 689); depuis cette loi, c'est à partir de la transcription de la saisie; l'art. 682 modifié dit en effet : " Les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription, ou le prix qui en proviendra, *seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque.* " Ainsi, tant que l'hypothèque reste inactive, les fruits qu'elle atteignait d'abord avec le fonds lui échappent, si le propriétaire, administrateur de sa chose, les a mobilisés par la coupe ou par la vente qu'il en a faite. Mais survienne une saisie, et le propriétaire n'administre plus pour lui à partir du moment où cette saisie est transcrite; les fruits sont, dès ce moment, grevés définitivement aussi bien que l'immeuble, et tous ceux qui seraient recueillis ou le prix qui en pourrait provenir appartiendrait aux créanciers. La loi exprime que ces fruits ou le prix seront distribués, avec le prix de l'immeuble, *par ordre d'hypothèque ;* mais on comprend bien qu'il faut ici compléter le texte, et dire que les fruits ou leur prix seront distribués par ordre de *privilége* et d'hypothèque. L'omission du *privilége*, dans l'art. 682, qui parle seulement de l'hypo-

thèque, ne saurait tirer à conséquence, puisque l'ordre des hypothèques est de venir après les priviléges.

366. Du reste, ce que nous avons dit, en principe, à l'occasion des fruits naturels et industriels, il faut le dire aussi des fruits civils. L'existence d'une hypothèque sur un immeuble ne saurait faire obstacle à ce que le propriétaire perçoive les prix de location ou les fermages de cet immeuble qu'il aurait loué ou affermé. Ceci n'est pas et n'a jamais été contesté.

Mais il y a eu une controverse des plus vives sur le point de savoir si l'existence de l'hypothèque n'empêche pas au moins le propriétaire de disposer par anticipation des fermages ou des loyers non échus, soit en les transportant à des tiers, soit en les appliquant à son profit particulier; en d'autres termes, si les quittances ou les cessions de loyers ou de fermages non échus sont opposables aux créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble affermé ou loué. Il s'est formé là-dessus une jurisprudence à laquelle les dispositions récentes de la loi sur la transcription enlèvent son importance pour l'avenir, mais qu'il n'est pas sans intérêt de relater et d'apprécier en raison des actes que leur date laisse sous l'empire de la loi ancienne.

Quelques arrêts ont décidé en principe et d'une manière absolue que le propriétaire d'un immeuble hypothéqué ne peut disposer par anticipation, au préjudice des créanciers inscrits, des revenus à venir de cet immeuble : le motif est pris de l'art. 2166 du Code civil, d'après lequel les créanciers privilégiés ou hypothécaires auraient droit non-seulement aux prix, mais encore aux intérêts du prix ou aux revenus qui les représentent. Nombre d'auteurs suivent cet avis, mais dans des termes différents. Les uns, invoquant l'ancien art. 691 du Code de procédure, enseignent qu'il y a lieu de maintenir seulement les payements faits suivant l'usage des lieux, et qu'il ne doit être tenu aucun compte de ceux faits par anticipation, en exécution d'une clause du bail. D'autres prétendent que le droit résultant de l'hypothèque une fois

établi, il ne peut plus être diminué par aucune aliénation, et que le bail avec stipulation du droit pour le propriétaire de percevoir ou de céder d'avance les fermages dans une proportion considérable constitue l'aliénation de la jouissance pour un temps déterminé, et doit, par suite, être assimilé à une constitution d'usufruit à l'égard de laquelle il est admis que le créancier hypothécaire suit l'immeuble dans les mains de l'usufruitier.

Mais aucun de ces systèmes ne résiste à l'examen. En premier lieu, on dira, contre celui des arrêts précités, que si, en thèse générale, on peut regarder l'art. 2166 du Code civil comme permettant au créancier hypothécaire ou privilégié d'exercer son droit non-seulement sur le prix, mais encore sur les intérêts ou les revenus, cette interprétation du texte ne saurait être opposée au tiers qui a acquis les fruits civils à échoir à un moment où le propriétaire qui les lui a transmis avait le droit d'en disposer. En second lieu, au système fondé sur l'art. 691 du Code de procédure (ancien) on opposera justement que cet article laissait la question entière. Il en résultait bien que les créanciers autorisés à arrêter les loyers ou fermages, échus depuis l'époque déterminée par la loi, pouvaient faire immobiliser les fermages ou loyers dus encore à cette époque ; mais la question est précisément de savoir si ces fermages étant non point dus, mais payés ou cédés par anticipation, l'art. 691 aurait été applicable : et ce n'est pas évidemment par cet article que la question pouvait être résolue. Enfin, le système appuyé sur l'identité prétendue entre le bail et la constitution d'usufruit tombait devant cette différence profonde que la doctrine à peu près unanime a établi entre l'usufruitier et le fermier, le premier détenteur d'un droit réel, véritable démembrement de la propriété, le second n'ayant jamais et ne pouvant jamais avoir qu'un droit personnel, ne donnant aucun droit de suite aux créanciers hypothécaires.

En présence des lacunes ou des imperfections de chacun de ces systèmes, la jurisprudence s'était ravisée, et la géné-

ralité des arrêts admettait que la perception ou la cession des revenus à venir d'un immeublé est valable même au regard des créanciers hypothécaires inscrits antérieurement, sauf toutefois le droit de ces créanciers de faire annuler l'acte dans le cas où il aurait été le résultat d'une fraude à leur préjudice. C'est aussi l'avis qui avait prévalu dans la doctrine ; et nous pensons qu'il faut s'y tenir. Le principe dominant ici, c'est toujours que l'existence de l'hypothèque ne paralyse pas dans les mains du propriétaire son droit d'administration : il faut avant tout que ce droit s'exerce librement, pourvu que ce soit sans fraude. La perception ou la cession de loyers ou de fermages anticipés pourront bien, dans tels ou tels cas, faire supposer cette fraude, et, en tous les cas, elles auront pour effet de rendre les juges plus faciles dans l'appréciation des preuves qui leur seront offertes. Mais si la fraude ne peut pas être supposée, ou si la fraude alléguée n'est pas établie, il faut que le créancier accepte les faits accomplis, du moins en tant que l'anticipation pourra être considérée comme acte d'administration, ce qui sera une appréciation à faire par les tribunaux.

Telle est la règle. Mais nous avons ici encore quelques points à réserver.

D'une part, et quant à l'anticipation des loyers ou fermages, les principes que nous venons d'exposer devaient et doivent encore, comme nous l'avons dit, recevoir leur application aux faits accomplis avant la promulgation de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Depuis la promulgation de cette loi, la nécessité de la transcription, appliquée dans une certaine mesure aux quittances ou cessions de loyers ou fermages non échus, fera prévaloir d'autres règles. Nous y revenons au numéro suivant.

D'une autre part, et quant au droit d'administration que l'existence de l'hypothèque n'altère pas entre les mains du propriétaire, nous devons dire que ce droit n'est entier aujourd'hui, par rapport aux fruits civils, que lorsque les choses elles-mêmes sont entières. Car il convient de faire

remarquer que la loi du 2 juin 1841, suppléant à une lacune du Code de procédure, et tout au moins simplifiant ce qu'il y avait de compliqué dans les dispositions de ce Code, a fait, pour les fruits civils, ce que fait l'art. 682 pour les fruits naturels et industriels. Après avoir déclaré que " les baux qui n'auraient pas acquis date certaine avant le commandement pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent" (art. 684), la loi dit, en effet d'une manière générale et absolue, que " les loyers et fermages seront immobilisés à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués avec le prix de l'immeuble et par ordre d'hypothèque; qu'un simple acte d'opposition à la requête du poursuivant, ou de tout autre créancier, vaudra saisie-arrêt entre les mains des fermiers et locataires, qui ne pourront se libérer qu'en exécution de mandements de collocation, ou par le versement des loyers ou fermages à la caisse des consignations...; et qu'à défaut d'opposition, les payements faits au débiteur seront valables, et celui-ci sera comptable, comme séquestre judiciaire, des sommes qu'il aura reçues." (Art. 685.) Au lieu de cela, l'ancien Code de procédure avait distingué entre les baux sans date certaine avant le commandement et les baux ayant date certaine; les premiers pouvaient être annulés sur la demande des créanciers ou de l'adjudicataire; quant aux seconds, ils laissaient toute liberté aux locataires ou fermiers de se libérer, et, pourvu qu'une saisie-arrêt n'eût pas frappé les loyers ou fermages, les locataires ou fermiers se libéraient valablement entre les mains du saisi; c'est par la saisie-arrêt que, dans ce cas, les loyers ou fermages étaient immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque (ancien art. 691). On voit comment l'intérêt des créanciers est bien mieux protégé par la loi nouvelle. Les créanciers acquièrent, en thèse absolue, droit aux loyers et fermages par la transcription de la saisie, parce que la transcription immobilise désormais les fruits civils comme elle immobilise les fruits naturels et industriels; en outre, une simple opposition, qui avertit les locataires ou

fermiers de l'obstacle qui ne leur permet pas de se libérer entre les mains du saisi, est substituée à la procédure en saisie-arrêt : et tout cela existe indépendamment de la possibilité qu'ont les créanciers ou l'adjudicataire de faire prononcer, s'ils le demandent, la nullité des baux sans date certaine avant le commandement.

---

* 15 *Low. C. Jurist, p.* 301. *Désautels vs. Ethier, C. Révision. Montréal,* 1871. } JUGÉ :—1° Que sur une action en vertu de l'article 2055 du Code Civil, accompagnée du *capias* en vertu de l'article 800 du Code de Procédure Civile ; pour les dommages résultant de détériorations sur un immeuble hypothéqué ; ces dommages ne consistent pas tant dans la valeur du bois coupé et enlevé que dans l'estimation qui doit être faite des dommages à raison de la détérioration en valeur de la propriété en conséquence de cette coupe de bois.

2° Qu'aucun frais ne seront accordés sur les articulations de faits et les réponses à icelle lorsque ces articulations de faits sont générales et partant irrégulières.

La demanderesse avait obtenu un jugement contre le défendeur pour $320, qu'elle fit enregistrer et en conséquence elle acquit une hypothèque sur une propriété que possédait alors le défendeur.

Cette propriété était en grande partie couverte de bois et en réalité, dit le défendeur, elle n'avait de valeur que par son bois.

Le 14 Janvier 1868, la demanderesse, créancière hypothécaire et personnelle du défendeur, fit émaner sur affidavit un *capias* contre le défendeur en vertu des dispositions de l'article 800 du Code de Procédure Civile.

L'affidavit alléguait que le défendeur, dans l'intention de frauder la demanderesse, avait depuis cinq à six ans et continuait à endommager et détériorer la propriété hypothéquée et d'en diminuer la valeur de $300 — en enlevant de la clôture, coupant des arbres et enlevant du bois.

Les parties ayant procédé à l'enquête et ayant été entendues au mérite, par un jugement final, la Cour Supérieure dans le district d'Iberville, décida que le défendeur n'avait

détérioré la propriété, que pour $31, et qu'en conséquence il n'y avait pas lieu de maintenir le *capias* et elle en donna *main-levée* au défendeur.

En Révision ; la demanderesse, qui s'y était pourvue pour y faire infirmer ce jugement comme ne lui accordant pas toute l'étendue de ses droits, prétendit que par la loi, il n'existe que deux moyens indiqués par notre Code de Procédure Civile pour attaquer un *capias :* savoir la motion et la requête, et non pas par exception.

15 L. C. R., p. 191.

12 L. C. R., p. 265.

Statut de 1849. St. R. B. C., chap. 87, secs. 1 et 8, reproduit dans les articles 819 et seq. du Code de Procédure Civile. L'Art. 821 C. P. C. dans sa dernière disposition ne saurait être appliqué au cas actuel, car l'exigibilité de la créance ne dépend aucunement de la vérité des allégations de l'affidavit.

Le défendeur exposa ses prétentions dans son factum devant la cour de révision comme suit : The case is not, under the decisions of this Court, subject to review, and should be so declared. The law never intended *capias* to be in a case like the present, were the mortgage was caused by the registration of a judgment upon a property owned by the defendant. The *capias* was for unliquidated damages and issued without an order as required by law.

MONDELET, J. (dissenting). — The female plaintiff in this action took out a *capias* against defendant and also a *demande* for $320 for waste and damage caused to the land of defendant on which plaintiff had a hypothec, by cutting timber and other waste committed thereon. The judgment of the Court below condemned defendant to pay $31 for the value of trees cut down on the property mortgaged to the female plaintiff. His Honor was of opinion that the judgment of the Court below was in accordance with a correct appreciation of the evidence—and would therefore dissent from the judgment rendered by the majority of the Court.

Mackay, J., said there was a principle in our law that a mortgage debtor who diminished the value of the land on which the mortgage existed by cutting down trees, or otherwise committing waste, was liable to a *capias*. In the present case the female plaintiff, who held a mortgage on the land occupied by the defendant, made an affidavit to the effect that defendant had diminished the value of the land by cutting down trees and committing waste to the value of $320. At *Enquête* there was great diversity of testimony as to the value of the waste committed. Some witnesses put down the deterioration at $150; some at $100, and some at a less sum. Defendant's witnesses, however, were nearly all his own relations,— whereas plaintiffs' witnesses were disinterested persons. His Honor said that it was the duty of the Court to appreciate testimony; and in the present case, in the opinion of the majority of the Court, the evidence clearly proved waste, to the amount of $100. The *capias* issued for $320: but when the case came up in the Court below, the Judge only looked at the value of the wood cut and sold off the land, though he was by no means limited to this valuation. This, however, was a mistaken view of the case. The question for the Court to decide was not what was the value of the wood sold off the property of defendant, but by how much had the property been deteriorated in value in consequence of the cutting down of timber. The case was provided for by Article 2055 of our Code. Plaintiffs kept strictly within the letter of the law, and did not think it necessary to prove the value of the wood sold by defendant. His Honor thought that $100 was not an excessive amount and would not be attended with much hardship to defendant, as this amount would go in reduction of the mortgage. This decision would also prevent actions for damages which might be instituted by defendant against plaintiff.

The judgment is *motivé* as follows:

The Court here sitting as a Court of Review, considering that there is error in the said judgment, to wit: in granting

main-levée of the *capias* issued in this cause against defendant at the suit of plaintiffs, and in finding only $31 damages, as in and by the said judgment, doth, revising said judgment, reverse the same; considering that plaintiffs have sufficiently proved their allegations of affidavit and declaration to entitle them to judgment against defendant for $100 and to have and maintain the writ of *capias* issued against defendant as a *capias* to extent of that amount of $100; considering that the female plaintiff had and has a hypothec upon the real property in possession of defendant, described in plaintiffs' declaration, and that defendant was, at date of the *capias* issuing against him in this cause, wasting and diminishing in value the said immoveable property, subject to female plaintiffs' hypothec, by destroying on and carrying away timber from said land, so as to prevent the female plaintiff, defendant's creditor, from recovering her *créance* to an amount over $40, and that defendant had wilfully, and with intent to defraud female plaintiff, diminished the value of said real property by wilfully, and with intent to defraud plaintiffs, cutting down trees and timber on said land and carrying away timber from said land; and that defendant ought to be condemned to pay plaintiffs' damages equal to the diminution of value of said land, through his, defendant's, misdoings aforesaid, and that such damages have been proved to an extent to warrant reasonably a judgment against defendant in respect of them, for an amount not less than $100, doth maintain said *capias ad respondendum* as good and valid and well taken as a *capias*, to wit, to an extent of $100, and doth condemn the said defendant to pay and satisfy to the said Dame Catherine Desautels, the said sum of $100, with interest thereon from this day, the payment of said $100, when made, to reduce *pro tanto* the *créance hypothécaire* of the female plaintiff, according to article 2055 of the Code Civil, and, in default by defendant to pay and satisfy to the said female plaintiff the aforesaid condemnation money, it is ordered and adjudged that a *con-*

trainte par corps do issue against said defendant, according to law, with costs in the said Superior Court against the said defendant, in favor of said plaintiffs, save only as regards costs of plaintiffs so called, *articulation de faits* and answers to defendant's *articulation de faits*, which costs are disallowed owing to plaintiffs' and defendant's *articulation de faits* being general and irregular; and with costs of this Court of Revision: MONDELET, J., dissenting.—*Capias* maintained.

2056. Les créanciers ayant privilége ou hypothèque enregistré sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe et ont droit de le faire vendre en justice et de se faire payer, suivant le rang de leur créance, sur les deniers provenant de cette vente.

2056. Creditors having a registered privilege or hypothec upon an immoveable may follow it into whatever hands it passes and cause it to be sold judicially in order to be paid, according to the order of their claims, out of the proceeds of such sale.

---

* *C. N.* 2166. } Les créanciers ayant privilége ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions.

Lahaie, sur art. 2166, *C. N.* } *Merlin*, R., v. bail, § 4, n. 2, t. 2, p. 552. *Pothier*, louage, n. 4.

Domat, Lois civiles, liv. 3, tit. 1, sect. 3, n. 2.—Le second effet de l'hypothèque est qu'en quelque main que passe la chose hypothéquée, soit que le débiteur l'engage à un second créancier, lui donnant le pouvoir de la vendre qu'il n'aurait pas donné au premier, ou qu'il en laisse même la possession

à ce second, ou qu'il vende la chose, ou qu'il la donne ou en dispose autrement, ou que sans son fait il en soit dépouillé, le créancier à qui elle avait été auparavant hypothéquée a droit de la suivre contre le possesseur.

(*Vide leg.* 18. § 2, *de pign. act.; Novell.* 112, *cap.* 1 ; *leg.* 12, § *ultim., ff. qui pot. in pign.*)

Pandectes françaises.—L'hypothèque, quoique non inscrite, suit l'immeuble qu'elle affecte dans les mains du tiers acquéreur, et elle peut être inscrite tant qu'il n'a pas fait transcrire son contrat, même pendant la quinzaine qui suit la transcription.

Persil, Régime hypothécaire.—Le même droit de suite appartient aux mineurs, aux femmes mariées, encore qu'ils n'aient pas requis d'inscription, et que les tuteurs et maris n'en aient pas fait faire pour eux ; leurs priviléges sont dispensées d'inscription, et la loi leur donne le même effet, sans les soumettre à aucune formalité.

Rolland de Villargues, v. tiers détenteur, n. 8.—Si l'usufruit de l'immeuble hypothéqué a été transmis à un tiers, soit à titre lucratif, soit à titre onéreux, le créancier hypothécaire peut suivre l'immeuble dans la main du détenteur usufruitier, comme il le pourrait envers un détenteur qui aurait acquis la propriété. (Tarrible, Rép., v. tiers détenteur, n. 2 ; Grenier, n. 324 ; Persil, sur l'art. 2169.)

N. 9.—*Quid*, s'il s'agit d'une jouissance cédée à titre d'emphythéose ? Même décision, et à plus forte raison si, comme nous le pensons avec MM. Merlin, Proudhon, Duranton et Carré, l'emphythéose renferme une aliénation de la propriété.

Duranton, t. 20, n. 216. — Mais, pour que le *droit* de *suite* s'exerce, il faut que l'hypothèque soit inscrite au moins dans la quinzaine de l'inscription de l'acte d'aliénation. Le créancier, même privilégié, qui aurait négligé de s'inscrire dans ce délai, aurait perdu tout droit contre les tiers détenteurs. En vain voudrait-il excepter des art. 2102 et 2107. La dispense d'inscription n'avait d'effet à son égard qu'autant que

les biens auraient encore été dans la main de son débiteur, au moment d'exercer le privilége.

Merlin, R.,v. inscriptions hypothécaires, § 7.—L'inscription donne au créancier qui l'a prise la certitude de son hypothèque ne pourrait-être payée, ni par l'aliénation volontaire de l'immeuble hypothéqué, ni par l'expropriation forcée du même immeuble, sans qu'il soit appelé pour veiller à la conservation de ses intérêts, et à ce que le prix de l'immeuble soit porté à sa vraie valeur. Cette sécurité repose sur les art. 2183, 2185 du Code civil, et 695 du Code de procédure civile.

Dalloz, hypothèques, ch. 2, sect. 6, art. 2, § 1, n. 4.—De cela même que la constitution d'hypothèque n'enlève pas au débiteur l'administration de ses biens, il suit qu'il peut les donner à bail, pourvu que ce bail soit fait sans fraude, et que sa durée n'excède pas celle des baux ordinaires. La location d'un immeuble étant bien évidemment un acte d'administration, le débiteur est tout-à-fait dans son droit. De plus, un créancier n'en saurait éprouver aucun dommage; car le bail n'empêche pas le fonds de se vendre à sa véritable valeur, dès que l'acquéreur trouvera, dans le prix du fermage, la compensation des fruits de l'immeuble.

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, n. 777.—Il est des portions du domaine qui, quoique frappées de l'hypothèque quand elles sont réunies au domaine même, lui échappent, quand elles sont démembrées. Telles sont les choses qui ne sont immeubles que par destination.

N. 778 *ter*.—Il semblerait, en s'attachant à l'écorce des mots, qu'il n'y ait que l'hypothèque qui doive être *inscrite* pour suivre l'immeuble dans les mains du tiers détenteur; car, l'adjectif *inscrite* ne se rapporte qu'au substantif *hypothèque*. Mais c'est par erreur de rédaction. Les priviléges soumis à l'inscription ne peuvent exercer le droit de suite, qu'à la condition de l'inscription. C'est ce qu'il est impossible de contester.

N. 780.—L'action d'interruption, en tant qu'elle a pour but

d'empêcher la prescription au profit du tiers détenteur, est encore conservée dans le nouveau système hypothécaire.

Voy. autorités sur art. 2016.

2057. Pour assurer ses droits le créancier a deux recours, savoir : l'action hypothécaire et l'action en interruption de prescription. Il est traité de cette dernière au titre : *De la Prescription.*

2057. In order to secure his rights the creditor has two remedies, namely, the hypothecary action and the action to interrupt prescription. The latter is treated of in the title *Of Prescription.*

SECTION I.

DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE

2058. L'action hypothécaire est accordée au créancier qui a une créance liquide et exigible, contre tout possesseur à titre de propriétaire de la totalité ou de partie de l'immeuble hypothéqué à cette créance.

SECTION I.

OF THE HYPOTHECARY ACTION

2058. The hypothecary action is given to creditors whose claims are liquidated and exigible, against all persons holding as proprietors the whole or any portion of the immoveable hypothecated for their claim.

---

* *Cod. de pignoribus et hyp.*, *Liv.* 8, *Tit.* 14, *L.* 24. } Persecutione pignoris omissa, debitores actione personali convenire creditor urgeri non potest.

Sanc. 15 calend. januarii, Nicomediæ, CC. Coss. Impp. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS).

Ibidem.
Trad. de M. P. A. Tissot. } Un créancier a le droit d'exercer à son choix, contre ses débiteurs, l'action hypothécaire ou l'action personnelle.

Fait à Nicomédie, le 15 des calend. de janvier. sous le cons. des Césars. (Emp. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

---

* 9 *Nouv. Denisart, v° Hyp.*, § 5, *p.* 788-795. } § V. *Des effets de l'hypotheque, et des actions qui en naissent.*

1. Le *premier effet* de l'hypotheque est de donner au créancier le droit de faire vendre l'immeuble qui lui a été hypothéqué, dans le cas de refus de paiement de ce qui lui est dû. C'est par la voie de la saisie réelle que le créancier peut exercer son droit à cet égard : voyez *Saisie réelle.*

Le *second effet* est qu'en quelques mains qu'ait passé l'immeuble hypothéqué, soit que le débiteur l'ait engagé à un second créancier, ou qu'il l'ait vendu, ou qu'il l'ait donné, ou que sans son fait il en ait été dépouillé, le créancier à qui il a été hypothéqué a le droit de le suivre entre les mains du possesseur actuel. De-là-naît, en faveur du créancier, l'action en déclaration d'hypotheque, dont nous avons traité sous le mot DÉCLARATION D'HYPOTHÈQUE, *tom.* 6, *pag.* 19 *et suiv.*

Nous avons observé dans cet article en quoi l'action en déclaration d'hypotheque differe de l'action *d'interruption*, qui n'a d'autre objet que d'empêcher l'extinction de l'hypotheque par prescription ; et nous avons renvoyé pour ce qui regarde cette derniere action au mot *Titre nouvel.*

Le *troisieme effet* de l'hypotheque est qu'elle sert de sûreté non-seulement pour ce qui est dû lorsqu'elle est contractée, mais encore pour tous les accroissemens naturels que la créance peut recevoir, par les intérêts, les frais de justice, et les dépenses faites pour la conservation de la chose.

2. Quoique le terme du paiement ne soit pas échu, le créancier peut agir en vertu de son hypotheque pour la sûreté. En conséquence, si son débiteur vend l'immeuble hypothé-

qué, il peut, même avant l'échéance de l'obligation, exiger son paiement, parce que cette vente tend à diminuer son gage. Si c'est une rente constituée pour laquelle il a hypotheque, il peut exiger le remboursement du capital.

3. Lorsqu'un débiteur qui a obligé tous ses biens présens et *à venir*, vient à faire quelqu'acquisition, soit par vente, soit par donation, ses créanciers n'ont hypotheque sur le fonds qu'il acquiert que du jour de son acquisition, et non du jour de leur hypotheque sur ses autres biens. Autrement il seroit fait tort aux créanciers du vendeur ou du donateur. Mais entre les créanciers de l'acquéreur, les plus anciens seront préférés aux autres sur le fonds acquis.

On peut objecter contre cette derniere décision que les hypotheques des créanciers de l'acquéreur naissant toutes en même temps sur le fonds acquis, elles devroient toutes concourir également sans avoir aucune préférence les unes sur les autres. Il est cependant juste que le premier avec lequel je suis convenu de lui hypothéquer mes biens à venir, soit préféré au second, le second au troisieme, et ainsi de suite. La raison est que, par la premiere convention, je me suis interdit le pouvoir d'hypothéquer à d'autres mes biens à venir au préjudice de l'hypotheque que j'accordois ; d'où il suit, que l'hypotheque du second créancier n'a pu frapper que sur ce qui resteroit après la dette du premier acquittée.

4. L'action en déclaration d'hypotheque peut être interdite au créancier, soit par la nature de sa créance, soit parce que le détenteur du bien hypothéqué a lui-même un titre d'hypotheque antérieur, soit parce que le débiteur, qui a fait sortir de sa main le bien fonds hypothéqué, a reçu pour prix de l'aliénation une rente fonciere qui tient lieu de l'héritage et offre au créancier la même sûreté.

Ceci va s'éclaircir par les exemples suivans.

5. Par un arrêt rendu le 6 avril 1762 en la troisieme chambre des enquêtes, plaidans Me Gravieres de Roulay pour la dlle d'Ales, veuve du marquis de Joyeuse, et Me Doucet pour le marquis de Joyeuse, la cour a débouté la marquise

de Joyeuse de sa demande en déclaration d'hypotheque sur la terre de Ville-Surtouble pour raison de son préciput et de son deuil, sauf à elle à se pourvoir contre et ainsi qu'elle avisera bon être. La clause du préciput étoit qu'elle reprendroit ses habits et nippes à son usage, meubles meublans, équipage et chevaux, *si mieux n'aimoit la somme de* 15000 *liv.*, *qui lui seroit délivrée par ses héritiers sur ses biens les plus clairs et les plus apparens.* Feu le marquis de Joyeuse avoit donné depuis son mariage la terre de Ville-Surtouble au marquis de Joyeuse son neveu. Sa veuve a formé sa demande en déclaration d'hypotheque résultante de son contrat de mariage pour sa dot, douaire, préciput et deuil. Le marquis de Joyeuse a soutenu qu'il n'y avoit pas lieu à la demande en déclaration d'hypotheque pour le préciput et le deuil ; que le préciput stipulé n'étoit à prendre que sur les biens de sa succession, et devoit être délivré par les héritiers ; qu'il n'y avoit donc pas lieu à le demander contre un tiers détenteur sur un bien aliéné par le mari de son vivant. Il a ajouté que le deuil devoit toujours être fourni à la veuve par les héritiers : *Plaidoyeries, fol.* 271-276, *n°* 1, *côté* 3178.

6. Par sentence du châtelet du 18 juin 1733, il a été jugé que lorsqu'une femme avoit vendu, conjointement avec son mari, un conquêt de communauté, l'acquéreur ne pouvoit être assigné en déclaration d'hypotheque par des créanciers du mari seul, dont les titres étoient antérieurs à la vente, parce que la femme ayant garanti cette vente, l'acquéreur pouvoit, en exerçant ses droits, se rejetter sur l'indemnité qu'elle avoit droit de prétendre, en vertu de son contrat du mariage, pour les obligations souscrites solidairement avec son mari ; indemnité, pour raison de laquelle l'hypotheque de la femme rémonte au jour du mariage.

Un mari et une femme avoient par leur contrat de mariage, stipulé au profit de celle-ci une indemnité pour toutes les obligations contractées pendant le mariage, dans lesquelles elle auroit parlé. Durant le cours de la communauté, le mari contracte une dette à laquelle il s'oblige seul. Quelque

temps après, le mari et la femme vendent conjointement un conquêt de communauté ; et l'un et l'autre s'obligent solidairement à garantir la vente.

Au décès du mari, la communauté se trouvant en mauvais ordre, la femme y renonce. Le créancier envers lequel le mari s'étoit obligé seul, et dont la créance n'étoit point encore acquittée, assigne l'acquéreur du conquêt de communauté en déclaration d'hypotheque.

L'acquéreur soutient qu'ayant la femme pour obligé solidairement à la garantie de son acquisition, il est fondé à exercer les droits de sa débitrice ; que cette derniere a pour l'indemnité de son obligation solidaire une hypotheque sur les biens du mari du jour du mariage ; qu'ainsi, en exerçant les droits de la femme, il a lui-même pour sa garantie une hypotheque du même jour, antérieure conséquemment à celle du créancier qui n'a que le mari pour obligé.

Le créancier conteste cette priorité. Suivant lui l'usage de préférer les créanciers porteurs de titres souscrits solidairement par le mari et la femme, à ceux qui n'ent ont que de souscrits par le mari seul, est abusif. C'est fournir à un mari les moyens de faire passer ses derniers créanciers avant les premiers, à quelque somme que les créances de ceux-ci puissent monter, et quelque sûreté que ses biens leur ait offert dans le principe.

Au surplus cet usage admet deux exceptions. 1° Lorsqu'une femme a consenti la vente d'un immeuble de son mari, elle a perdu par-là le droit d'hypotheque qu'elle avoit sur cet immeuble. 2° Quant la femme n'auroit pas perdu ce droit relativement à sa dot, à son douaire et à son préciput, au moins l'a-t-elle perdue pour raison de l'indemnité résultante de son obligation à la vente ; parce que l'héritage est sorti des mains du mari, au moment où le droit d'indemnité de la femme s'est formé.

C'est à tort, disoit au contraire l'acquéreur, qu'on attaque l'usage de préférer les créanciers du mari et de la femme à ceux du mari seul. Cet usage n'a rien que de juste. Ces créan-

ciers sont naturellement aux droits de leur débitrice, et si les femmes n'avoient point hypotheque pour leurs reprises et indemnités du jour du mariage, elles seroient journellement exposées à être ruinées, par les obligations que leurs maris les presseroient de souscrire. Les limitations qu'on veut apporter à cette regle ne sont nullement fondées.

1°. Il faut distinguer le cas où une femme consent librement à la vente d'un immeuble, d'avec celui où elle est covenderesse. Dans le premier cas, son hypotheque sur meuble se trouve éteinte ; dans le second, elle ne s'éteint point, mais elle est seulement cédée et transmise à l'acquéreur. La femme céde alors à cet acquéreur tout le droit qu'elle a dans l'héritage et sur l'héritage, et conséquemment l'hypotheque dont il étoit chargé envers elle.

2° La femme ayant hypotheque pour son indemnité du jour du contrat de mariage, cette hypotheque affecte dès cet instant tous les héritages que le mari possede alors et tous ceux qu'il acquerra par la suite, à mesure qu'ils entreront en sa possession. Il est dû à la femme une indemnité pour toutes les obligations, où son mari la fera parler dans la suite, et ce droit d'indemnité indéfini est l'objet de l'hypotheque acquise dès le jour du mariage. C'est une erreur de croire, que ce droit d'indemnité ne naisse qu'à mesure que la femme parle dans une obligation. Il s'ensuivroit, qu'elle n'auroit d'hypotheque que du jour de chaque obligation où elle parleroit ; ce qui seroit contraire à tous les principes.

Ces moyens ont été adoptés par la sentence qui a débouté en effet le créancier de sa demande; dépens compensés : *Journal MS. de MM. Lambon et Masson.*

7. En 1720 M. Gueau, lieutenant-criminel au bailliage de Chartres, avoit prêté au sieur de Joui en billets de banque, la somme de 9600 livres, pour laquelle le sieur de Joui lui avoit constitué 198 livres de rente au denier cinquante. Quatre mois après, le sieur de Joui fit à M. Gueau des offres du principal de la rente. Sur ces offres les parties convinrent

que la rente seroit réduite au denier soixante, c'est-à-dire, à 160 livres par an.

Dans la suite le sieur de Joui ayant baillé, moyennant 600 livres de rente fonciere non rachetable, un moulin dont il étoit propriétaire, les héritiers de M. Gueau assignent le preneur en déclaration d'hypotheque. Ce preneur dénonce la demande au sieur de Joui son bailleur, qui, pour faire cesser le trouble, offre de déléguer aux héritiers de M. Gueau pour leur rente, la rente fonciere de 600 livres qui lui est due sur le moulin.

Sur la demande et sur les offres, les parties sont appointées en premiere instance. Appel de la part des héritiers de M. Gueau, qui demandent l'évocation du principal.

D'UN COTÉ, M. Laverdi, défendeur du sieur de Joui, soutient que la demande en déclaration d'hypotheque est mal fondée. Le bail à rente fonciere n'est pas une véritable aliénation, et la rente qui reste dans les mains du bailleur, y représente l'héritage, ensorte que le créancier ne perd rien. En même temps qu'il cesse d'avoir hypotheque sur le corps de l'héritage, il acquiert hypotheque sur la rente qui représente l'héritage même, donne droit au bailleur de veiller à ce qu'il soit entretenu en bon état, et lui conserve même la faculté d'y rentrer en certains cas.

C'est, dit-il, parce que la rente est considérée comme l'héritage même, qu'il n'est point dû des droits seigneuriaux pour un bail d'héritage à rente non rachetable. C'est par cette même raison que la rente fonciere se décréte en la même maniere que l'héritage; qu'elle se partage de la même maniere que l'héritage auroit été partagé. En un mot tous les droits auxquels étoit sujet l'héritage passent sur la rente comme le représentante. Par conséquent le créancier n'a point sujet de se plaindre, puisqu'il trouve dans la main de son débiteur un autre immeuble qui lui tient lieu de celui qui a été donné à rente, ou plutôt qui n'est autre chose que le domaine utile de ce même immeuble. Aussi Loyseau

tient-il que le preneur et ses héritiers ne peuvent jamais prescrire contre la rente fonciere, à cause de la mauvaise foi ; ce qui n'auroit pas lieu, si la prescription contre la rente fonciere n'étoit qu'une simple libération, et non pas une acquisition de la portion du domaine utile qui est resté entre les mains du bailleur.

M. Laverdi ajoute que dans l'espece le créancier est absolument hors d'intérêt. La rente fonciere, qui est de 600 livres, est un gage plus que suffisant pour la sûreté de la rente constituée qui n'est que de 160 liv., et même de son principal qui est de 9600 livres. On offre même de déléguer sur la rente fonciere, ensorte que le créancier se payera par ses mains, sans avoir à craindre que l'on rembourse à son préjudice. Tant qu'il sera payé de sa rente, il n'aura point sujet de se plaindre. Dès qu'il cessera d'en être payé, il sera en état, comme subrogé aux droits du bailleur, de faire décréter le fonds du moulin.

M. Laverdi termine la défense du sieur de Joui, en insinuant que la demande en déclaration d'hypotheque et la sommation ne sont que l'effet d'une collusion entre le créancier et le preneur. Le débiteur a assurément des biens plus que suffisans pour répondre d'une rente aussi modique que celle dont il s'agit. Il possede une terre d'un revenu considérable. Le motif secret de l'action est que le créancier s'ennuie de n'avoir qu'une rente au denier 60, dont il ne seroit pas fâché de se procurer le remboursement. Cependant si le créancier veut se rappeler, que ce qui a servi de prix à la rente n'étoit qu'un papier décrédité, et que la rente qui dans son origine avoit été constituée au denier 50, n'a été réduite au denier 60 que pour lui faire plaisir, et pour lui éviter la perte totale des effets dans lesquels on lui avoit offert le remboursement, remboursement qu'il n'auroit pu refuser, il s'estimera encore heureux de trouver dans ses biens une rente au denier 60 à la place de ces effets malheureux qui lui seroient devenus totalement inutiles. Le denier de la rente, la monnoie dans laquelle le prix en a été fourni, sont

même un nouveau moyen qui doit rendre sa demande moins favorable.

D'une autre part M. Gueau, qui plaide pour lui-même et pour la dame Villemain sa sœur, écarte d'abord les reproches de collusion, et après avoir montré qu'il n'agit que pour la sûreté de son gage, il prétend que la question se réduit à une pure question de droit, qui doit se décider par les principes, et non par les considérations.

Il est constant, dit-il, qu'un débiteur ne peut faire perdre le gage de son créancier, ni le changer sans sa participation ; c'est la loi du contrat, il faut la suivre, quelque dure qu'elle puisse paroître. Toutes les aliénations que peut faire le débiteur ne sont pas capables d'affranchir l'héritage des hypotheques auxquelles il a été une fois sujet. Le bail à rente n'est point excepté de cette regle générale. Il est bien vrai qu'à certains égards la rente fonciere représente l'héritage ; et c'est ce qui a fait décider par plusieurs coutumes que le bail à rente rachetable ne produisoit point de droits seigneuriaux, parce que ces droits sont toujours défavorables. Encore y a-t-il d'autres coutumes, par exemple, celle d'Orléans, qui assujétissent aux droits seigneuriaux les baux à rente non rachetable. Mais ce principe que la rente fonciere représente l'héritage, n'est qu'une fiction inventée pour certains cas, et qui doit être restreinte dans les termes dans lesquels la loi l'a bornée.

Dans la vérité la rente fonciere n'est que le prix de l'héritage aliéné sous cette charge : le bailleur ne conserve aucune portion du domaine utile. Dumoulin, et Loyseau après lui, ont parfaitement réfuté ceux qui étoient tombés dans l'erreur contraire. Ces auteurs ont fait voir que la rente fonciere n'étoit qu'une servitude du fonds, et un droit qui est sujet aux mêmes regles que l'héritage, parce qu'il est réel; droit cependant qui n'attribuoit aucun domaine, aucune propriété sur le fonds ; droit même qui est ordinairement bien inférieur à la valeur de l'héritage. Ainsi, comme le débiteur ne peut changer la condition de son créancier, il ne peut le ré-

duire à une hypotheque sur une simple rente, au lieu de l'hypotheque qu'il avoit sur un héritage. L'hypotheque ayant une fois affecté le fonds de l'héritage, elle y est, pour ainsi dire, incorporée ; l'héritage n'en peut plus être déchargé que par le décret, la prescription, le paiement ou le consentement du créancier. On ne peut malgré celui-ci arracher l'hypotheque de dessus le fonds, pour ne la faire plus résider que sur un simple droit de rente qui peut s'éteindre et s'anéantir d'un moment à l'autre.

Que l'on ne dise pas, ajoute Me Gueau, que, dans l'espece, la rente fonciere est suffisante pour répondre du principal de la rente constituée. Tout créancier hypothécaire, quelque modique que soit sa créance, est en état de veiller à la conservation de son hypotheque sur tous les biens de son obligé, à quelque valeur qu'ils puissent monter ; tous sont également sujets à son hypotheque. C'est-là la sûreté qu'il a voulu avoir ; ce n'est que sur la foi de cette sûreté qu'il a prêté ses deniers ; on ne peut la diminuer, sans donner atteinte à la convention. Il est visible que le créancier a toujours un intérêt à ne perdre aucuns de ses gages, et à ne les pas voir diminuer ; il n'est pas assuré d'être le seul ni le premier créancier, il pourra s'en présenter d'antérieurs à lui, auxquels il sera obligé de céder. Quelle ressource aura-t-il en ce cas, si on ne lui conserve pas tous les gages sur lesquels il avoit compté, lorsqu'il a contracté ?

C'est ce qui fait voir, ajoute encore M. Gueau, l'insuffisance des offres proposées par le sieur de Joui. Il offre une délégation sur la rente fonciere. Mais, qui nous assure qu'il ne viendra point des créanciers antérieurs qui renverseront la délégation, et évinceront le créancier de la rente que l'on offre de lui déléguer ? Alors il se trouvera qu'il auroit eu plus d'intérêt d'avoir hypotheque sur l'héritage que sur la rente, dont cet héritage est redevable, et qui vaudra beaucoup moins. Ainsi, sans qu'il y ait de sa faute, il se verra frustré de la créance, tandis qu'il avoit compté sur un gage qui étoit suffisant pour en répondre, et à la place duquel on lui aura

substitué un autre gage insuffisant. C'est par ces raisons qu'on ne croit pas devoir accepter les offres qui sont proposées. On ne peut le forcer d'accepter une délégation malgré lui ; on ne peut obliger un créancier d'abandonner une partie de sa sûreté, ni de consentir une convention dont il pourroit avoir sujet de se répentir dans la suite : voilà le seul intérêt qui l'anime dans cette cause.

Par arrêt rendu en l'audience de la grand'chambre, le 21 avril 1733, de rélevée, La cour, faisant droit au principal, donne acte à la partie de Laverdy de ses offres ; en conséquence, sur l'appel de la partie de Laverdy met l'appellation et ce au néant, émandant, évoquant le principal et y faisant droit, déboute les parties de Gueau et de Cochin de leurs demandes et les condamne aux dépens : *Journal Mss. de MM. Lambon et Masson* Plaidoyeries, *fol.* 539-545, *n°* 7, *côté* 2500.

8. On demande si la dette contractée par un héritier envers ses cohéritiers par la consommation qu'il a faite des fruits provenus d'un immeuble de la succession, donne lieu à un véritable rapport de la valeur de ces fruits, qui empêche l'effet de l'hypotheque acquise aux créanciers de cet héritier. La question s'est présentée dans l'espece suivante.

Depuis son mariage, le feu marquis de Larnage recueille par succession, conjointement avec sa mere et ses freres, une habitation dans nos colonies. L'habitation est restée indivise entre les cohéritièrs jusqu'au décès du marquis de Larnage.

Le marquis de Larnage avoit reçu une procuration de sa mere pour percevoir les fruits de la part à elle appartenante dans l'habitation. Ses autres cohéritiers ne lui avoient point donné de procuration semblable ; mais ils l'avoient laissé jouir de tout : et le marquis de Larnage avoit consommé tous les fruits sans en rendre aucun compte.

Après sa mort ses freres ont prétendu reprendre la valeur des fruits de leur part dans l'habitation sur la moitié de l'habitation à lui appartenante, de préférence et à l'exclusion des créances dotales de leur belle-sœur, représentée par sa fille unique.

Les freres du marquis de Larnage, soutenoient, 1° que les fruits échus, recueillis et consommés depuis l'ouverture d'une succession, sont une partie intégrante de cette succession ; 2° que les cohéritiers qui ont laissé recevoir par l'un d'entr'eux la part qu'ils avoient dans ces fruits, deviennent par remplacement propriétaires de la portion des immeubles qui étoit destinée à leur cohéritier.

Dans un mémoire imprimé pour la Dlle de Larnage, Me le Gouvé a établi ainsi ses moyens.

La saisine légale produit incontestablement l'effet, que chacun des héritiers a une part dans chacune des especes de biens. Une part indivise sans doute ; mais de ce qu'elle est indivise, il ne suit pas qu'elle soit déterminé, ni quant à sa quotité qui est fixe, ni quant aux choses qui en sont l'objet, puisqu'elle réside dans toutes. Elle n'est indéterminée qu'en ce qu'on ne peut pas montrer qu'elle consiste dans le côté oriental plutôt que dans le côté occidental de tel ou tel corps ; et cela est indifférent,dès qu'en un mot elle est une portion de tous les corps. Il peut arriver lors du partage que, soit pour éviter des morcellemens qui déprécieroient les biens, soit pour satisfaire les co-propriétaires qui consultent chacun leur commodité personnelle, on assigne à l'un une terre entiere, à l'autre un capital de rente en entier ; et tous ces accommodemens sont licites entre co-partageans. Mais encore une fois, ce n'est que dans le partage qu'ils s'exécutent : les adversaires le font entendre eux-mêmes par ces mots, *suivant l'événement du partage.* Jusques-là il ne s'opere donc aucune intervertion de propriété. Et alors enfin il ne peut point s'en opérer, si au partage assiste un tiers-intéressé à y mettre obstacle. Ce tiers empêche tout ce qui lui seroit nuisible, sans qu'on puisse lui opposer que le cohéritier son débiteur a consommé d'avance sa part héréditaire, puisqu'il lui étoit impossible de la consommer, au préjudice d'une hypotheque, par des à-comptes mobiliers.

Lorsque l'un d'entre plusieurs cohéritiers, qui ont recueilli conjointement un immeuble dans une succession a perçu

seul la totalité des fruits de cet immeuble, comme il a reçu plus qu'il ne devoit recevoir, il est certain qu'il doit à ses cohéritiers un compte de l'excédant.

Que ce compte s'appelle rapport ou restitution, rien de plus égal. Débiteur et reliquataire, comme il l'est, il faut toujours qu'il rende : sous quelque dénomination que ce soit, peu importe.

Mais vouloir assujétir un créancier hypothécaire aux effets d'un pareil rapport ou autrement, vouloir l'écarter en lui disant : " vous n'avez pas plus de droit que votre débiteur. " Il faut qu'il impute ce qu'il a pris. S'il ne reste rien, vous " n'aurez rien. Son immeuble sera perdu pour vous ; et cela " quoique votre titre soit plus ancien que le fait qui a pro- " duit sa dette ". C'est un systeme déraisonnable et plein d'iniquité. Désormais il ne s'agiroit que d'abuser d'un mot pour annuller une hypotheque, et violer la sûreté qui doit régner parmi les hommes dans leurs contrats.

Non, une perception de revenus ne peut donner lieu à un tel rapport. Qu'on cesse de jouer sur les mots, et qu'on se pénetre des choses. Trois grandes preuves vont porter sur ce point une conviction absolue dans tous les esprits.

En premier lieu, un rapport légal et tel qu'un créancier ne puisse l'empêcher, ne frappe que sur les corps vraiment héréditaires. Les adversaires en sont persuadés ; et c'est pourquoi ils font tant d'efforts pour faire croire qu'une masse de succession comprend les fruits aussi bien que les fonds. Mais indépendamment de toutes les raisons contraires déjà présentées, il est un caractère distinctif auquel on ne peut se méprendre : c'est que les choses vraiment héréditaires sont celles dont les héritiers sont réputés avoir été saisis dès le jour de l'ouverture de la succesion ; et c'est précisément à cause de la saisine légale remontant jusques-là, que les créanciers n'ont de droit que sur ce qui par le partage tombe dans le lot de leur débiteur ; car tout est lié dans cette matiere. Nul doute que cet effet rétroactif ne s'opere pour les biens donnés par le défunt. Comme la donation avoit pré-

cédé l'ouverture de l'hérédité, que l'obligation de la rapporter en étoit une condition, et que cette condition, venant à s'accomplir par le décès du donateur, résout à l'instant la donation, il est évident que les cohéritiers du donataire se trouvent dès le premier moment saisis de ce bien donné et rapportable. Qui ne sent au contraire qu'il est impossible, à l'égard de revenus échus depuis, de feindre que les cohéritiers aient été saisis au jour de l'ouverture de l'hérédité, ni de ces revenus, puisqu'ils n'existoient pas encore, ni de l'action représentative, puisqu'elle n'est née qu'à mesure qu'ils ont été perçus et consumés ? Les cohéritiers avoient été seulement saisis du droit de les recueillir chacun pour sa part ; ce qui est bien différent : et n'ayant pas usé de ce droit, les ayant laissé recueillir par un autre, il s'est formé pour eux une action nouvelle, résultante d'un fait nouveau, toute semblable à celle qu'ils eussent eue contre un étranger, et aussi récente nécessairement que sa cause. Donc l'effet rétroactif attribué aux partages, ne peut alors s'opérer : donc il ne peut y avoir lieu à un rapport, tel qu'un créancier antérieur ne puisse y mettre obstacle.

En second lieu, et ceci leur paroîtra peut-être plus sensible, le rapport légal marche accompagné d'une faculté bien précieuse. L'héritier qui en est tenu, est le maître de s'en dispenser : il n'a qu'à renoncer à la succession ; et par-là il conserve au moins ce qu'il a en son pouvoir. Par-là aussi, ses créanciers, s'ils ne gagnent rien, ne perdent rien du moins ; ils retrouvent toujours dans ses mains le même patrimoine. Au contraire, une perception de fruits est une dette que rien ne peut exempter celui qui l'a fait d'acquitter, quand même il seroit admis à renoncer à la succession : et c'est-là un second trait de différence bien marqué. Donc la restitution due à cet égard n'est point un rapport ; elle n'en a pas plus la nature, que ne l'a un prêt fait par le défunt à un de ses présomptifs héritiers, et qui doit toujours être acquitté, malgré une renonciation à l'hérédité.

En troisième lieu, voici une nouvelle raison tranchante.

Un vrai rapport, tel que la loi le prescrit, ne fait jamais aucun tort aux créanciers même hypothécaires ; au lieu qu'il n'est plus de créanciers hypothécaires en sûreté, si l'on étend la même regle jusqu'à une restitution de fruits.

Que l'on choisisse l'époque à laquelle on voudra placer les titres des créanciers d'un fils, qui aura reçu de son pere une terre par la voie d'une donation entre-vifs. Ils lui auront confié leurs deniers, ou avant la donation, ou dans le temps intermédiaire entre la donation et la mort du donateur, ou dans l'intervalle de l'ouverture de la succession au partage ; on ne peut admettre aucun autre temps.

Or, si leurs créances se sont formées avant la donation, ils n'ont point dû compter sur la terre donnée depuis, et le rapport qui s'en fait, remet les choses au même état où elles étoient lorsqu'ils ont contracté.

S'ils ont prêté leurs deniers depuis la donation et avant le décès du donateur, ils ont su qu'à cette donation étoit attachée, ou la condition d'un rapport récompensé par l'expectative d'une succession, ou une faculté alternative accordée à leur débiteur de conserver sa terre, en renonçant à la succession.

Si enfin ils ne sont devenus créanciers que depuis l'ouverture de l'hérédité, les cohéritiers se trouvent avoir un titre antérieur au leur, pour exiger le rapport de la terre, qui dès le moment de cette ouverture est un des corps de la succession. Et d'ailleurs ces créanciers ont encore la perspective, ou de la part héréditaire de leur débiteur, s'il accepte, ou de la terre même, s'il renonce.

Le rapport légal ne préjudicie donc en aucune maniere aux créanciers ; et voilà pourquoi ils ne peuvent s'y opposer. Ils s'y opposeroient sans intérêt. Voilà aussi pourquoi ils n'ont de droit que sur ce qui compose le lot de leur débiteur, après un également opéré par la voie du rapport, ou par celle de l'imputation.

Quelle injustice au contraire, quelle perte énorme n'éprouveroient pas ces créanciers, si pour des faits de gestion vo-

lontaires, et postérieurs tant à leurs titres, qu'à l'ouverture de la succession, ils voyoient sous le prétexte d'un rapport inconnu à la loi, la portion dont leur débiteur avoit été saisi, s'altérer et s'éclipser, sans qu'il ait même le pouvoir de s'affranchir de son débet ? Il seroit donc vrai qu'une hypotheque peut absolument périr au gré du débiteur !

Par arrêt rendu en la grand'chambre le premier juillet 1775, au rapport de M. l'abbé Farjonnel, " La cour condamne Delaunai, curateur à la succession vacante de Louis Camille de Brunier de Larnage, à payer à la demoiselle de Larnage, la somme à laquelle par l'événement de la liquidation se trouveront monter les reprises et conventions matrimoniales, résultans du contrat de mariage dudit défunt, Louis Camille de Brunier de Larnage, et ce à l'hypotheque du 7 septembre 1747 jour dudit contrat, avec les intérêts tels que de droit, et les frais et mises d'exécution " : *Conseil, vu la feuille*, *n*° 1.

Comme avant l'examen approfondi des moyens de la demoiselle de Larnage, la plupart des juges étoient prévenus en faveur du systême de ses adversaires, l'arrêt a été nommé le *triomphe de la raison sur la foi.*

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypoth.*, *n*° 63 *et s.* } 63. L'effet de l'hypothèque est d'affecter au total de la dette la chose hypothéquée et chacune de ses parties, d'où il suit que, si mon débiteur aliène une partie de l'héritage qu'il m'a hypothéquée, j'ai hypothèque pour le total de ma dette sur la partie qu'il a aliénée, comme je l'ai pour le total sur la partie qu'il a conservée.

64. Par la même raison, si mon débiteur est mort et a laissé quatre héritiers, entre lesquels l'héritage qu'il m'a hypothéqué a été partagé, j'ai hypothèque pour le total de ma dette sur la part de chacun de ces quatre héritiers.

En cela l'hypothèque est différente de l'obligation personnelle ; car l'obligation de la personne se divise entre les héritiers du débiteur, au lieu que l'hypothèque que le créancier

a sur les biens ne se divise point par le partage qui se fait de ses biens, parce qu'ils sont hypothéqués au total de la dette, non-seulement dans leur totalité, mais dans chacune de leurs parties, divisées ou indivisées.

65. La fin de l'hypothèque étant d'assurer au créancier sa dette, et de lui en procurer le paiement par la vente de la chose hypothéquée, lorsque le débiteur est en demeure de satisfaire, le créancier a différents moyens pour parvenir à cette fin.

66. Lorsque la chose hypothéquée est en la possession du débiteur, et que le créancier, outre son droit d'hypothèque, a contre son débiteur un titre exécutoire, il peut, après avoir mis en demeure le débiteur, saisir réellement l'héritage hypothéqué, et en poursuivre la vente judiciaire.

---

* *Loyseau, De l'action hypothécaire, Liv. 3, ch. 3, nº 1, 2.* } 1. Des trois actions hypothequaires il ne reste plus à expliquer que l'Action, *Quasi Serviana*, reconnuë au Droict, qui a lieu contre le tiers detempteur apres discussion faite sur le principal obligé : pour laquelle expliquer plus à propos, il faut interpreter mot à mot l'art. 101. de notre Coustume : qui est bien le passage le plus formel que nous ayons en notre Droict François pour cette action, en ce qu'elle concerne les rentes constituées. Voici les mots de l'article : *Les detempteurs et proprietaires d'aucuns heritages obligez ou hypothequez à aucunes rentes, ou autres charges réelles ou annuelles, sont tenus hypothequairement icelles payer avec les arrerages qui en sont deus : à tout le moins sont tenus iceux heritages delaisser, pour estre saisis et ajugez par decret au plus offrant et dernier encherisseur, à faute de payement des arrerages qui en sont deus, sans qu'il soit besoin de discussion : et si la rente est fonciere, doit estre l'heritage ajugé à la charge de ladite rente.*

2. Ces premiers mots, *les detempteurs et proprietaires*, ont esté expliquez par trois chapitres entiers du livre precedent :

et faut tenir sans exception, que tous ceux qui en rente fonciere sont tenus de l'action personnelle écrite *in rem*, sont aussi tenus de l'action hipothequaire en rente constituée. Donc le possesseur de l'heritage, bien qu'il n'en soit seigneur, l'emphyteote, le preneur à vie, ou à longues années, ou à rente fonciere, le mary à cause des heritages de sa femme, l'heritier par benefice d'inventaire, et la femme détemptrice des heritages de la communauté, sont tenus de cette action. Au contraire, le vray Seigneur qui ne possede l'heritage, le Seigneur censier, emphyteutique ou rentier, le proprietaire qui y a usufruit constitué, la femme mariée, le commissaire de la chose saisie, le curateur aux biens vacans, et le simple fermier n'en sont point tenus.

Voy. *Troplong*, cité sur art. 2073 et autorités sur art. 2059.

2059. Lorsque l'immeuble est possédé par un usufruitier, l'action doit être portée contre le propriétaire du fonds et contre l'usufruitier simultanément, ou dénoncée à celui des deux qui n'a pas été assigné en premier lieu.

2059. When the property is in the possession of an usufructuary the action must be brought against the proprietor of the land and against the usufructuary conjointly, or notice of it must be given to whichever of the two has not been sued in the first instance.

Voy. autorités sur art. 2058.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *De l'Hypoth.*, *n°* 70 *et s.* } 70. *L'action hypothécaire simplement dite*, est celle qu'a le créancier contre le tiers détenteur de l'héritage ou autre immeuble

hypothéqué aux fins que ce détenteur soit condamné à le délaisser, si mieux il n'aime satisfaire aux causes de l'hypothèque.

71. L'action hypothécaire n'est point une action personnelle, mais une action réelle, puisqu'elle ne naît d'aucune obligation que le défendeur ait contractée envers le demandeur, ces parties n'ayant jamais eu aucune affaire ensemble ; mais elle naît du droit d'hypothèque que le demandeur a dans la chose hypothéquée, et cette action contient la poursuite de ce droit contre le possesseur de la chose.

Cette action ne peut être intentée que par le créancier à qui ce droit appartient ; et comme toutes les autres actions réelles, elle ne peut être intentée que contre le possesseur de l'héritage ou d'autre immeuble sujet à ce droit que le demandeur poursuit.

Le détenteur contre qui doit s'intenter cette action est celui qui le possède comme propriétaire, *animo domini*, soit qu'il le soit effectivement, soit qu'il se déclare tel.

72. Si la demande a été donnée contre un fermier ou locataire que le demandeur aurait trouvé en possession de l'héritage, ce fermier ou locataire doit être renvoyé de la demande, en indiquant le nom de celui de qui il tient à ferme ou à loyer ; car ce n'est pas proprement le fermier ou locataire qui est le possesseur, c'est celui de qui il tient à ferme ou loyer qui possède par lui : *Possidemus per colonos nostros aut inquilinos.*

73. Lorsque le propriétaire d'un héritage hypothéqué a créé un droit d'usufruit sur l'héritage, l'action hypothécaire doit être donnée contre le propriétaire ; car c'est lui qui possède l'héritage : l'usufruitier possède ou est en quasi-possession de son droit d'usufruit dans l'héritage, plutôt qu'il ne possède l'héritage même ; c'est pourquoi si le créancier avait donné l'action contre l'usufruitier qu'il trouve en possession, il faudrait, sur l'indication qu'il donnerait du nom du propriétaire, mettre ce dernier en cause ; mais l'usufruitier ne serait pas mis hors de cause, et le créancier pourrait con-

clure, tant contre l'usufruitier, que contre le propriétaire, parce que l'usufruitier a un droit dans la chose, en quoi il est différent du simple fermier.

Loyseau néanmoins (*Traité du Déguerpissement*), liv. 3, chap. 3, n° 2, décide, contre notre opinion, que l'action hypothécaire ne doit pas être donnée contre le propriétaire de l'héritage chargé d'usufruit, mais contre l'usufruitier : ce que je ne pense pas véritable.

Que si le propriétaire de l'héritage hypothéqué, depuis la création de l'hypothèque, l'a donné à titre de cens, d'emphytéose, ou de rente foncière, l'action doit être donnée contre le détenteur, qui le tient à quelqu'un desdits titres, de cens, d'emphytéose ou de rente foncière, et non contre le seigneur dudit cens ou rente ; car c'est celui qui le tient à ces titres qui est vraiment propriétaire et possesseur de l'héritage dont il a le domaine utile ; le seigneur de cens, d'emphytéose ou de rente foncière ne possède pas proprement l'héritage, mais le droit qu'il s'est retenu dessus.

74. Lorsque l'héritage hypothéqué appartient à une femme mariée, l'action doit être donnée contre le mari et la femme ; elle ne peut être donnée contre la femme seule, parce qu'on ne peut donner d'action contre une femme seule, lorsqu'elle est en puissance de mari, ni contre le mari seul, parce que le mari est à la vérité possesseur des héritages propres de sa femme, car il ne l'est pas *nomine proprio,* mais en sa qualité de mari et du chef de sa femme ; ainsi la propriété en appartient à sa femme ; or, toutes les actions, pour raison de la propriété des propres de la femme, qui tendent à la dépouiller de sa propriété ne peuvent être données contre le mari seul.

75. L'action hypothécaire ne peut être intentée avant que le terme du paiement de la dette pour laquelle l'héritage est hypothéqué soit échu, en quoi elle diffère de l'action d'interruption qui peut s'intenter même avant l'échéance de la condition.

2060. Si le possesseur est grevé de substitution, jugement peut être rendu contre lui sur poursuite hypothécaire, sans que l'appelé ait été mis en cause ; sans préjudice en ce cas au droit de ce dernier tel qu'énoncé au titre relatif aux donations.

2060. If the possessor be charged with a substitution, judgment may be obtained against him in an hypothecary action without calling in the substitute; saving in such case the right of the latter as declared in the title concerning gifts.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 947 et *C. C. B. C.*, art. 959.

2061. L'objet de l'action hypothécaire est de faire condamner le détenteur à délaisser l'immeuble pour qu'il soit vendu en justice, si mieux il n'aime payer la créance en principal, les intérêts conservés par l'enregistrement, et les dépens.

S'il s'agit d'une rente, le détenteur pour se soustraire au délaissement, doit payer les arrérages et frais et consentir à continuer les prestations, soit par un titre nouvel ou par une déclaration à cette fin à laquelle le jugement à intervenir donne effet.

2061. The object of the hypothecary action is to have the holder of the immoveable condemned to surrender it, in order that it may be judicially sold, unless he prefers to pay the debt in principal, interest as secured by registration, and costs.

If the claim be for a rent the holder in order to avoid surrendering must pay the arrears and costs, and consent to continue the payments either by a renewal-deed or by a declaration to that end which the judgment to be pronounced renders effective.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 2059.

* 11 *Pont., Privil.*, n° 1128 *et s.* } I.—1128. Tout tiers détenteur qui acquiert la propriété totale ou partielle d'immeubles affectés hypothécairement a deux partis à prendre entre lesquels il est absolument libre de choisir : il peut, en remplissant les formalités de la purge, libérer les immeubles ou les portions d'immeubles par lui acquis des priviléges et des hypothèques qui les grèvent ; ou, à défaut, subir les poursuites des créanciers dont le gage hypothécaire est, en tout ou en partie, passé entre ses mains. Nos articles décrivent ici, dans son ensemble et sous ses aspects divers, la situation du tiers détenteur qui, ne remplissant pas les formalités de la purge dont nous traitons aux chapitres VIII et IX, reste soumis aux poursuites des créanciers.

Cette situation, dans les termes de ces articles, présente trois aspects divers. Accidentellement tenu à cause de l'immeuble grevé, mais uniquement parce qu'il en est actuellement détenteur, l'acquéreur peut éteindre les hypothèques et les priviléges en payant la totalité de la dette hypothécaire, et, par ce moyen, conserver l'immeuble sans en pouvoir être évincé du chef des créanciers ; —en second lieu, et précisément parce qu'il n'est assujetti au payement que comme détenteur et à raison de sa détention, l'acquéreur peut délaisser l'immeuble aux créanciers de qui émane la poursuite, et, par là, se trouver à l'instant même libéré ;—enfin, si l'acquéreur n'use ni de l'une ni de l'autre faculté qu'il a de payer ou de délaisser, tout créancier hypothécaire ou privilégié, pourvu qu'il soit inscrit, sauf les exceptions déterminées, a le droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué ou grevé de privilége. Si nous ajoutons maintenant que, dans ce dernier cas, l'expropriation n'est pas nécessairement inévitable, et que le tiers détenteur peut, selon les circonstances, l'écarter provisoirement ou définitivement en opposant certaines exceptions, et notamment l'exception de discussion à l'action du créancier, nous aurons résumé la situation telle que nos articles en présentent l'ensemble.

1129. Nous allons la reprendre dans ses détails; mais,

auparavant, nous rectifierons dans le texte quelques expressions inexactes ou au moins équivoques ; non pas qu'avec la majorité des auteurs nous reprochions à ce texte d'avoir mis avant l'obligation prétendue de délaisser celle de payer, et de n'avoir pas compris, comme on a coutume de le dire, que, la conclusion étant dirigée contre la chose et non contre la personne dans toute action réelle, il fallait consacrer en faveur du créancier le droit de demander au tiers détenteur, non pas le payement de la dette, ce qui n'est pour celui-ci qu'une faculté, mais le délaissement de la chose, ce qui serait principalement son obligation (1). Après les observations présentées au n° 1127, nous savons que le délaissement de la chose n'est, pas plus que le payement de la dette, dans l'*obligation* du tiers détenteur, l'un aussi bien que l'autre étant *in facultate :* il n'y avait donc pas plus de raison pour dire que le tiers détenteur qui ne purge pas est tenu de délaisser l'immeuble sinon de payer la dette, que pour dire, à l'inverse, qu'il est tenu de payer sinon de délaisser. Mais ce que nous reprochons à nos articles, c'est d'avoir dit que le tiers détenteur qui ne remplit pas les formalités de la purge est *obligé* à toutes les dettes hypothécaires, sauf les termes et délais accordés au *débiteur originaire*, et, par là,

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 179, n. 7) ; Duranton (t. XX, n. 233) ; Troplong (n. 782 et 783) ; Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 516).— Les rédacteurs de la loi belge du 16 déc. 1851 ont accueilli ces critiques. Ils ont exprimé, dans la discussion préparatoire, que " le payement de la dette est, pour le détenteur, une *simple faculté* bien distincte de l'objet même de l'action appartenant au créancier, *objet qui est le délaissement de l'immeuble.*" Et dans l'art. 98, correspondant à notre art. 2168, ils ont dit que " le tiers détenteur est tenu de *délaisser l'immeuble hypothéqué sans réserve, sinon de payer....*" Voy. M. Delebecque (*Comm. légis.*, p. 367). Mais il est à remarquer que les rédacteurs de la loi belge se sont arrêtés en chemin dans leur œuvre de réformation : le vice prétendu de rédaction qu'ils ont corrigé dans notre art. 2168 se trouve encore dans leur art. 99, correspondant à notre art. 2169 ; le payement y apparaît comme une *obligation* du tiers détenteur, et y est maintenu au premier rang et avant le délaissement. Voy. M. Delebecque (*loc. cit.* et p. 368).

d'avoir donné à supposer qu'il y aurait dans la situation deux débiteurs successifs et tenus personnellement, le premier en vertu de l'engagement direct pris par lui envers le créancier ; le second, qui serait le tiers détenteur, parce qu'il détient la chose hypothéquée. Dans la vérité du régime hypothécaire, il y a ici un seul débiteur personnel : c'est le débiteur direct, que nos articles qualifient improprement de débiteur *originaire.* Quant au tiers détenteur, il n'est tenu, au point de vue du payement, d'aucune obligation personnelle ; et s'il paye, c'est par l'effet unique de sa volonté, pour éviter l'expropriation, qui est la seule conclusion possible de l'action hypothécaire vis-à-vis d'un tiers acquéreur (1).

Ces préliminaires établis, reprenons nos articles dans leurs détails, et voyons successivement quels sont, vis-à-vis des créanciers privilégiés et hypothécaires, les droits et les devoirs du tiers détenteur, soit qu'il paye la dette hypothécaire, soit qu'il délaisse les immeubles grevés, soit enfin qu'il subisse l'expropriation forcée.

II.—1130. Supposons d'abord que, pour prévenir ou arrêter l'expropriation forcée, le tiers détenteur opte pour le payement de la dette hypothécaire : ses devoirs et ses droits, en ce cas, sont indiqués par les art. 2167 et 2168. Il résulte de ces articles que, de plein droit, *par le seul effet des inscriptions* (comme le dit la loi pour montrer de plus fort que l'action en déclaration d'hypothèque de l'ancienne jurisprudence se trouve maintenant abolie, *suprà*, n° 1126), le tiers détenteur est tenu d'acquitter les dettes hypothécaires en capitaux et accessoires, c'est-à-dire avec les intérêts, *les dépens et les frais.* A la vérité, l'article 2168, en s'expliquant sur les créances exigibles, ne parle que des *intérêts* et des *capitaux ;* mais il faut combiner cet article avec le précédent ; où il est dit que le tiers détenteur est tenu de *toutes* les dettes hypo-

(1) Voy. notamment l'arrêt de cassation du 27 avr. 1812.—Voy. aussi, sur ce point, les remarquables conclusions données par M. l'avocat général Fourchy devant la Cour de Paris dans l'affaire S... jugée par l'arrêt du 7 juin 1875, cité *infrà*, n. 1218 *bis* (*J. Pal.*, 1875, p. 985 et suiv.).

thécaires. Or ceci s'entend non-seulement du principal, mais encore des frais et des dépens, qui, aussi bien que les intérêts, en sont les accessoires légaux (1).

Du reste, le payement doit toujours être entier et complet, quand même le tiers détenteur n'aurait acquis qu'une portion des immeubles grevés, et quand même la valeur des immeubles dont il est en possession serait inférieure au montant de la dette hypothécaire. D'une part, en effet, l'hypothèque et le privilége, ainsi que nous l'expliquons plus haut, sont indivisibles activement et passivement, en sorte qu'ils subsistent *en entier et avec tous leurs effets* sur tous les immeubles affectés, sur *chacun* et sur *chaque portion* de ces immeubles (art. 2114 ; voy. *suprà*, n° 835). D'une autre part, le tiers détenteur, bien qu'il ne soit pas débiteur personnel, doit, comme bien-tenant et à raison de sa détention, payer ce que le débiteur personnel devrait payer lui-même.

Mais en même temps que la chose acquise continue de répondre, entre les mains du tiers acquéreur, de la totalité de la dette hypothécaire, celui-ci, lorsqu'il veut libérer sa propriété en payant, jouit des termes et des délais que le créancier avait accordés au débiteur direct (art. 2168). C'est une application toute naturelle de la règle posée dans l'art. 1186, d'après lequel ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme. La circonstance que le créancier ici est pourvu d'une hypothèque ou d'un privilége ne saurait, sous ce rapport, ajouter rien à ses droits, alors surtout que les poursuites sont dirigées contre un tiers qui, s'exécutant à la place du débiteur direct, ne doit pas être traité plus défavorablement que celui-ci.

En résumé donc, les devoirs et les droits du tiers détenteur vis-à-vis du créancier qu'il paye pour éviter l'expropriation, consistent en ceci que, d'un côté, il doit acquitter la totalité de la dette hypothécaire en capital et accessoires, et que, d'un autre côté, il jouit des termes et délais accordés

(1) Voy. Toulouse, 4 févr 1829 (S.-V., 29, 2, 196 ; Dall., 29, 2, 243).

au débiteur personnel. Toutefois, il y a certains points à préciser.

1131. Ainsi, s'agit-il des capitaux non exigibles, le principe que le tiers détenteur jouit des termes et délais accordés au débiteur amène sans difficulté à conclure que le payement n'est dû qu'au fur et à mesure des échéances (1). Mais si le débiteur direct est dans le cas de perdre le bénéfice du terme, par exemple s'il est tombé en faillite; ou encore s'il a, par son fait, diminué les sûretés du créancier. (C. civ., art. 1188), quelle sera la position du tiers détenteur? Aura-t-il, lui, le bénéfice du terme, quand celui auquel il se substitue, en payant, en est lui-même déchu? Nous ne le pensons pas. On a dit cependant que la cause qui fait déchoir le débiteur du bénéfice du terme n'est relative qu'à lui; mais que, à l'égard du détenteur, il y a toujours terme accordé, et que, comme il a acheté sous la foi de ce terme, il en doit jouir (2). Toutefois, le motif n'est pas concluant; il ne répond pas à toutes les situations, puisqu'on peut être tiers détenteur autrement que par suite d'une acquisition à titre onéreux. La raison de décider est que le tiers détenteur qui paye pour se soustraire aux poursuites du créancier se substitue pleinement au débiteur principal, et que, par rapport au créancier,

(1) Il faut admettre de même que si l'existence de la dette n'était pas certaine quant à présent, en ce que, par exemple, elle serait subordonnée au résultat d'une liquidation non encore faite, le tiers détenteur devrait obtenir un sursis aux poursuites. Il a été jugé, en ce sens, que dans le cas où un héritier, devenu adjudicataire sur licitation d'un immeuble dépendant de la succession non encore liquidée de son auteur, est poursuivi comme tiers détenteur par le mari de l'une de ses cohéritières et commun en biens avec elle, à raison de dettes hypothécaires que celui-ci aurait payées pour le compte de la succession avec subrogation aux droits des créanciers, s'il oppose l'éventualité d'une compensation pouvant résulter de payements de dettes héréditaires qui auraient été effectués par les autres héritiers, il y a lieu de surseoir aux poursuites jusqu'à l'entière liquidation de l'hérédité. Req., 22 juin 1864 (S.-V., 64, 1, 331).

(2) Voy. MM. Duranton (t. XX, n. 229 et suiv.); Taulier (t. VII, p. 381).

les choses, dans ce cas, restent absolument comme si l'immeuble n'avait pas changé de mains. Or le créancier aurait pu, nonobstant la stipulation d'un terme, exiger son payement immédiat du débiteur qui serait tombé en faillite ou aurait diminué, par son fait, les sûretés données par le contrat. Donc il peut l'exiger de même contre le tiers détenteur, car la mutation de la propriété ne lui fait perdre aucune des prérogatives qu'il aurait vis-à-vis du débiteur (1).

Mais, par contre, le créancier qui ne perd aucune de ses prérogatives par l'effet de la mutation, ne trouve pas non plus dans la mutation un motif d'améliorer sa position. Donc, si la non-exigibilité de la créance provenait non pas d'un terme stipulé dans le contrat fait avec le débiteur, mais de ce qu'un délai de grâce aurait été accordé à celui-ci en vertu des art. 1244 du Code civil et 122 du Code de procédure, le tiers détenteur serait fondé à invoquer le bénéfice de ce délai (2).

1132. S'agit-il des capitaux actuellement exigibles, il est certain que le tiers détenteur doit les acquitter immédiatement en principal et accessoires, à quelque somme qu'ils puissent monter, et, par conséquent, la somme fût-elle supérieure au prix de l'immeuble. Ceci résulte de l'article 2168, et il n'y a là-dessus aucune difficulté. Mais le tiers détenteur doit-il tous les intérêts sans réserve, ou bien doit-il seulement ceux qui, dans les termes de l'art 2151, expliqué plus haut (voy. n[os] 1013 et suiv.), sont conservés par l'inscription ? Ceci a donné lieu, au contraire, à quelques controverses. Des auteurs soutiennent que cet article dispose seulement pour les créanciers entre eux et au point de vue du droit de préférence (3). D'autres, et c'est l'avis vers lequel tend la juris-

(1) Voy. MM. Delvincourt (t. III, p. 180, note 1); Martou (n. 1252).

(2) Voy. MM. Grenier (t. II, n° 361); Persil (art. 2167, 2168); Zachariæ (t. II, p. 206, note 7). Voy. cependant MM. Duranton (t. XX, n° 232) et Taulier (*loc. cit.*).

(3) Voy. MM. Persil (art. 2151, n° 11); Grenier (t. I, n° 101); Zachariæ (t. II, p. 198, note 2). Voy. aussi Bruxelles, 4 avr. 1806.

prudence, estiment que le tiers acquéreur peut invoquer cet article, dont la disposition, selon eux, serait écrite au point de vue du droit de suite non moins qu'au point de vue du droit de préférence (1). Nous nous rangeons à ce dernier parti. Le tiers détenteur, qui n'est tenu qu'hypothécairement, ne peut payer que ce qui est hypothéqué sur l'immeuble, c'est-à-dire le montant des charges dont l'existence lui est signalée par l'inscription : l'inscription, en effet, n'est pas moins requise à l'égard du tiers acquéreur qu'à l'égard des créanciers (voy. *supra*, n° 1118; elle doit donc fixer la position, tant vis-à-vis de l'un que vis-à-vis des autres. Or, d'après l'art. 2151, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque de plein droit, en vertu de l'inscription, que pour deux années et pour l'année courante. Le tiers acquéreur n'aura donc à payer, avec le principal des créances exigibles, que les intérêts de deux années et ceux de l'année courante, à moins que le créancier n'ait eu le soin de conserver le surplus par des inscriptions successives et spéciales, le tout dans les termes et suivant les règles exposés plus haut dans notre commentaire de l'art. 2151 (voy. n° 1022 et suiv.).

1133. Telle est dans ses détails l'obligation imposée par les art. 2167 et 2168 au tiers détenteur qui arrête ou prévient, en payant la dette hypothécaire, les poursuites en expropriation de la part du créancier inscrit; tels sont aussi, d'après ces mêmes articles, les droits corrélatifs à cette obligation. Notons cependant que l'obligation et les droits ne sont ainsi réglés que dans les rapports du tiers détenteur avec le créancier qui reçoit son payement. Mais vis-à-vis du débiteur lui-même et de ses cautions vis-à-vis des autres tiers détenteurs, celui qui a payé la dette hypothécaire a le bénéfice de la subrogation légale aux droits du créancier. La subrogation pouvait, avant le Code civil, être demandée par le tiers

(1) Voy. MM. Dalloz (*Priv. et Hyp.*, p. 402, n° 26); Troplong (n° 788); Martou (n° 1256); Aubry et Rau (t. II, p. 856, note 11; 4e édit., t. III, p. 421, note 12).—*Junge :* Bordeaux, 28 févr. 1850 (Dall, 52, 2, 90; S.-V., 51, 2, 188; *J. Pal.*, 1851, t. II, p. 585).

détenteur qui avait payé la dette hypothécaire; elle lui est accordée aujourd'hui par l'art. 1251, dont le n° 3 dispose que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Or c'est bien là notre hypothèse : il est vrai de dire des tiers détenteurs qui ont payé les créanciers inscrits sur l'immeuble dont ils ont acquis la propriété qu'ils sont tenus pour d'autres de la dette hypothécaire, puisqu'ils n'en sont tenus que comme tiers détenteurs ; il est vrai de dire également qu'ils avaient intérêt à payer la dette, puisque c'est le payement qui a procuré la libération de la propriété et, par là, la possibilité de la conserver. C'est donc le cas de l'art. 1251, n° 3 : et il faut conclure, d'une part, qu'en vertu de la subrogation le tiers détenteur peut agir non-seulement contre le débiteur personnel et principal et les cautions, mais encore contre tous autres détenteurs, comme lui, de biens soumis à l'hypothèque (1) ; et, d'une autre part, qu'il est subrogé aux hypothèques des créanciers inscrits non-seulement sur l'immeuble libéré, mais encore sur tous autres immeubles également affectés à la sûreté de la créance (2).

Toutefois, le tiers détenteur subrogé aux droits du créan-

(1) Il a même été décidé que le tiers détenteur qui s'est libéré sans purger, s'il est poursuivi par un créancier inscrit, peut, *même avant d'avoir payé* ce créancier, et, conséquemment, *avant d'être subrogé à ses droits*, demander, contre les tiers détenteurs d'autres immeubles également soumis à l'hypothèque du créancier poursuivant, la fixation de la part contributive de chacun au payement de la créance hypothécaire. Toulouse, 19 févr. 1827 (S.-V., 28, 2, 27 ; Dall., 28, 2, 41).—Voy. aussi Douai, 27 mai 1840 (S.-V., 40. 2, 468), et M. Zachariæ (t. II, p. 211, 212).— Voy. cependant Toulouse, 19 mars 1838 (S.-V., 38, 2, 458).

(2) Voy. Cass., 15 juin 1838 et 21 déc. 1836 ; Paris, 20 déc. 1834 et 19 déc. 1835 (Dall., 33, 1, 142 ; 36, 2, 79 et 144 ; S.-V., 33, 1, 81 ; 36, 2, 159 et 161 ; 37, 1, 54). Voy. aussi MM. Delvincourt (t. II, p. 360, note 7) ; Toullier (t. VII, n. 145) ; Grenier (t. II, n. 496) ; Troplong (n. 359 et 789) ; Martou (n. 1258).—Voy. cependant Bourges, 10 juill. 1829 (Dall., 29, 2, 272).

cier a-t-il contre celui-ci l'exception *cedendarum actionum?* La question est examinée *infrà* n° 1168

2062. Le tiers détenteur assigné hypothécairement ou en déclaration d'hypothèque a droit d'appeler en cause son vendeur ou tout autre auteur tenu à la garantie contre la dette hypothécaire, à l'effet de le faire condamner à intervenir pour faire cesser la demande, ou à l'indemniser de toute condamnation et des dommages qui peuvent en résulter.

2062. The holder against whom an action is brought for the enforcement or for the recognition of a hypothec has a right to call in his vendor, or any previous grantor bound to warrant the property against such claim, in order that he be comdemned to intervene and repel the action or to indemnify such holder against the condemnation and any damages that may result therefrom.

---

* *Cout. de Paris*, *art.* 102. } Quand un tiers détenteur d'héritage est poursuivi pour raison d'une rente, dont est chargé ledit héritage, qui lui a été vendu sans la charge de ladite rente, et dont il n'avoit eu connoissance auparavant ladite poursuite ; après qu'il a sommé son garant ou celui qui lui a vendu et promis garantir ledit héritage, lequel lui défaut de garantie, ledit tiers détenteur ainsi poursuivi, auparavant contestation en cause, peut renoncer audit héritage ; et en ce faisant il n'est tenu de ladite rente et arrérages d'icelle, supposé même que les arrérages fussent et soient échus de son tems, et auparavant ladite renonciation.

---

* 11 *Pont, Privil*, } 1166. Indépendamment de l'exception
n° 1166 *et s.* } de discussion dont nous venons de parler, l'ancienne jurisprudence en avait admis quatre autres, qui sont, d'après Pothier : 1° l'exception à raison des impenses faites à l'héritage ; 2° l'exception à raison des hypothèques antérieures que le tiers débiteur peut avoir sur l'héritage ; 3° l'exception de garantie ; et 4° l'exception *cedendarum actionum* (1). Quant à la première de ces exceptions, nous n'avons pas à nous en occuper ici ; elle se rattache à l'art. 2175, dont nous présentons plus loin le commentaire (voy. n. 1197 et suiv.). La seconde a été appréciée plus haut, et nous avons établi qu'elle ne saurait plus être invoquée aujourd'hui (voy. *suprà* n° 1144). Restent les deux autres. Doit-on les admettre encore en faveur du tiers détenteur ?

1167. L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne l'exception de garantie. Elle avait lieu lorsque le créancier était personnellement obligé, de quelque manière que ce fût, envers le tiers acquéreur à la garantie de l'héritage qui lui était hypothéqué ; par exemple, si le créancier était devenu l'héritier du vendeur de qui le tiers acquéreur aurait acquis. Il est clair que l'exception péremptoire qui résulte de cette situation, bien que nous ne la trouvions écrite ni dans l'art. 2170, ni dans aucun autre, doit néanmoins être admise comme résultant des principes généraux du droit ; c'est une application de la maxime : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* (2).

1168. Quant à l'exception *cedendarum actionum*, c'est tout autre chose. Ceci se rattache à ce que nous avons dit plus haut, à savoir que le tiers détenteur qui paye la dette hypothécaire est subrogé au privilége et aux hypothèques du créancier qu'il a désintéressé (voy. n° 1133). Il faut supposer

(1) Voy. Pothier (*Tr. de l'Hyp.*, chap. 2).

(2) Voy. MM. Persil (art. 2170, 2171, n. 11) ; Dalloz (*Rép.*, v° Priv. et Hyp., p. 357, § 4) ; Troplong (n. 806) ; Martou (n. 1273). — Voy. aussi Pothier (*Cout. d'Orléans*, tit. 20, n. 41).

que le créancier a rendu impossible la subrogation à ses droits sur d'autres immeubles également affectés à sa créance; et l'on se demande alors si le tiers détenteur est fondé à opposer l'exception *cedendarum actionum ;* en d'autres termes, s'il peut soutenir que l'immeuble par lui acquis est désormais affranchi du droit de suite, et qu'il n'en peut pas être exproprié. Dans l'ancien droit, on tenait généralement pour l'affirmative (1). Sous notre droit actuel, la jurisprudence et la doctrine s'en étaient autorisées,et,en présence de l'art. 2037, qui accorde expressément l'exception à la caution,elles avaient admis tout d'abord que, nonobstant l'absence d'un texte analogue à celui de l'article 2037, le tiers détenteur peut aussi opposer l'exception, son droit, à cet égard, n'étant pas autre chose que le corollaire du bénéfice de discussion (2). Mais disons que ce système est maintenant battu en brèche par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. Et en effet, il ne saurait se soutenir avec le principe de l'indivisibilité du droit hypothécaire, auquel la Cour suprême rattache toutes ses décisions. Indivisible de sa nature, l'hypothèque subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles, et les suit en quelque main qu'ils passent. Le créancier inscrit sur plusieurs immeubles peut donc faire porter son hypothèque sur l'un d'eux, en donnant mainlevée de son inscription sur le surplus; et son droit à cet égard ne peut être modifié ou restreint par la vente que le débiteur aura faite d'un ou de plusieurs de ses immeubles. Vainement on opposerait à ce

(1) Voy. Dumoulin (*De Usuris,* quest. 80, n. 680 et suiv.); Loyseau (*Du Déguerp.*, liv. 2, chap. 8, n. 19) ; Pothier (*De l'Hyp.*, n. 104).

(2) Voy. Poitiers, 18 juin 1838 ; Bastia, 2 févr. 1846 et 22 nov. 1847 (*J. Pal.*, 1846, t. II, p. 391, et 1848, t. I, p. 145 ; S.-V., 48, 2, 10 ; Dall., 46, 2, 109). Voy. aussi Trib. de Villefranche, 7 févr. 1862, joint à Req., 3 juin 1863 (S.-V., 64, 1, 355; *J. Pal.*, 1864, p. 996 ; Dall., 64, 1, 217) ; et MM. Delvincourt (t. III, p. 142, note 3) ; Toullier (t. VII, n. 172) ; Ponsot (*Du Cautionn.*, n. 336) ; Troplong, (n. 789 *bis*, et *Cautionn.*, n. 562) ; Grenier (*Hyp.*, t. II, n. 333) ; Battur (t. III, n. 509).

principe soit celui de la subrogation résultant de l'art. 1251, soit le bénéfice de discussion que consacre l'art. 2170. D'une part, si ce dernier article accorde au tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette le droit de discussion, ce droit ne s'applique, aux termes de ce même article, qu'au cas où il est demeuré entre les mains des obligés principaux d'autres immeubles affectés à la même dette, et de ce droit de discussion ainsi limité ne peut résulter pour le créancier l'obligation de conserver, en faveur de tout tiers détenteur, et dès le jour de la vente, ses actions et hypothèques sur tous et chacun des immeubles hypothéqués. D'une autre part, la subrogation accordée par l'art. 1251 à l'acquéreur d'un immeuble qui paye le créancier auquel l'immeuble était hypothéqué n'est que la conséquence du payement, et ne peut transmettre au subrogé que les droits qui appartiennent au créancier au moment où la subrogation s'opère. Or, avant cette époque, le créancier ne pouvait être tenu de faire des diligences pour conserver les droits éventuels d'un tiers avec lequel il n'avait pas traité, et avec lequel il pouvait n'avoir ultérieurement aucun rapport. Donc, en donnant mainlevée de son inscription ou en la laissant périmer, il n'a fait qu'user de son droit, et ne peut être responsable envers les tiers détenteurs de l'usage qu'il a fait sans fraude d'un droit légitime. A la vérité, l'art. 2037 déclare que la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Mais cette disposition, spéciale à la caution, et qui naît de la nature du contrat de cautionnement et de l'engagement tacite pris par le créancier au moment du contrat, de ne rien faire qui puisse nuire aux droits de la caution contre le débiteur principal, ne peut s'appliquer au tiers détenteur avec lequel aucun engagement n'a été contracté, et qui pouvait, d'ailleurs, en remplissant les formalités prescrites par la loi, échapper au danger de payer deux fois le prix de l'immeuble acquis. Ainsi raisonne la Cour suprême, et sa doctrine, dans laquelle elle a été de-

vancée par quelques auteurs, et dans laquelle d'autres n'hésitent pas à la suivre aujourd'hui, doit amener, ce nous semble, la fin de la controverse qui dès longtemps existait sur ce point important (1).

Sts. Ref. B. C., ch. 82, s. 32. } Et considérant qu'il est résulté beaucoup d'inconvénients, de frais et de délai de la règle de droit en vertu de laquelle l'acquéreur d'un immeuble pouvait en cas d'éviction ou autre trouble, appeler en cause son garant immédiat seulement, lequel à son tour pouvait assigner son garant, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la dernière partie responsable fut assignée en cour—pour y rémédier—dans tous tels cas, l'acquéreur évincé ou troublé pourra porter son action en garantie en premier lieu contre toute partie qui pourrait être éventuellement assignée en cour de la manière susdite, comme garant ; et de la même manière, toute personne assignée en cour comme garant dans toute telle cause pourra appeler en cour comme son garant toute partie qui pourrait être éventuellement assignée en cour comme garant dans telle cause, en la manière susdite ; mais rien n'empêchera toute telle partie comme susdit de poursuivre ou appeler en cour son garant immédiat, si elle le juge à propos. 16 V. c. 194, s. 31.

---

(1) Voy. les arrêts de la Cour de cass. des 22 déc. 1846, 17 mars 1852, 18 déc. 1854, et l'arrêt de la Cour de Bourges, rendu le 11 juin 1855, sur le renvoi prononcé par ce dernier arrêt.—*Junge :* Aix, 24 mai 1853 ; Grenoble, 16 juill. 1859 ; Chambéry, 31 août 1861 (S.-V., 47, 1, 86 ; 52, 1, 427 ; 55, 1, 247, et 2, 636 ; 53, 2, 467 ; 62, 2, 219 ; *J. Pal.*, 1847, t. I, p. 257 ; 1852, t. II, p. 5 ; 1856, t. I, p. 11, et t. II, p. 195 ; 1855, t. I, p. 467 ; 1861, p. 538 ; 1862, p. 877 ; Dall., 47, 1, 5 ; 52, 1, 97 ; 55, 1, 34 ; 54, 5, 724). Voy. aussi MM. Dupret (*Rev. franç. et étrang.*, vol. de 1846, p. 401 et 405) ; Mourlon (*Des Subr. pers.*, p. 528) ; Gauthier (*Des Subrog.*, n. 513 et suiv.) ; Martou (n. 1275) ; Massé et Vergé, sur Zachariæ (t. V, § 825, note 26) ; Rivière (*Jur. de la C. de cass.*, n. 603). Voy. encore notre traité du Cautionnement (*Petits Contr.*, t. II, n. 372).

2063. A cet effet le tiers détenteur poursuivi a une exception dilatoire contre la demande, tel qu'expliqué au Code de Procédure Civile.

2063. For this purpose the holder who is sued may set up a dilatory exception to the demand, as explained in the Code of Civil Procedure.

2064. Le tiers détenteur peut opposer à la demande tous les moyens qui peuvent la faire renvoyer, soit que le garant ait été ou non mis en cause.

2064. The holder may set up against the demand all grounds of defence whatever tending to its dismissal, whether the party bound to warrant the property has been called in or not.

2065. Le tiers détenteur assigné sur action hypothécaire et qui n'est ni chargé de l'hypothèque, ni tenu personnellement au paiement de la dette, peut opposer, s'il y a lieu, outre les moyens qui peuvent éteindre l'hypothèque, les exceptions énoncées dans les cinq paragraphes qui suivent.

2065. The holder against whom the hypothecary action is brought, and who is neither charged with hypothec nor personnally liable for the payment of the debt, may, besides the grounds of defence tending to destroy the hypothec, set up any of the exceptions set forth in the five following paragraphs, if there be grounds for them.

Voy. autorités sur art. 2066 et suiv.

[ARTICLE 2066.]

§. 1. *De l'exception de discussion*

2066. Si celui qui a créé l'hypothèque, ou ceux qui sont tenus personnellement au paiement de la dette possèdent des biens, le tiers détenteur poursuivi hypothécairement peut exiger que le créancier, avant d'obtenir le délaissement, fasse vendre les biens appartenant au débiteur personnel, en par le tiers-détenteur indiquant ces biens et fournissant les deniers nécessaires pour cette discussion.

§. 1. *Of the exception of discussion.*

2066. If the person who granted the hypothec or those who are personnally liable for the payment of the debt possess property, the holder against whom the hypothecary action is brought may, before he can be called upon to surrender, require the creditor to sell the property belonging to the debtors personnally bound, provided he indicates such property and advance the money necessary to obtain its discussion.

---

* *C. N.* 2170. } Néanmoins le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possessson du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalablement selon la forme réglée au titre du cautionnement. Pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypoth.*, n° 76 *et s.* } 76. Le tiers détenteur de l'héritage hypothéqué, qui est assigné en action hypothécaire, peut ordinairement, avant contestation en cause, opposer au demandeur l'exception de discussion.

77. Cette exception arrête la demande jusqu'à ce que le demandeur en action hypothécaire ait discuté les biens de son débiteur et des cautions de ce débiteur, pour se procurer le paiement de sa créance.

Cette exception est dilatoire et non pas péremptoire, car elle ne fait que différer l'action hypothécaire; elle ne la détruit pas, et le demandeur, après la discussion par lui faite des biens de son débiteur et de ses cautions, pourra suivre son action hypothécaire, si cette discussion ne lui a point procuré le paiement de sa dette.

78. De là il suit que, suivant la règle commune à toutes les exceptions dilatoires, cette exception doit être opposée avant la contestation en cause. Loyseau le décide ainsi, liv. 3, chap. 8, n° 26, et il dit que, lorsque cette exception n'a été proposée qu'après contestation, le juge ne doit pas surseoir à faire droit sur la demande jusqu'après la discussion ; mais il veut que le juge, en ce cas, condamne délaisser, en ajoutant : *après discussion faite des biens du débiteur.*

Il y a néanmoins quelques auteurs qui prétendent qu'elle peut être opposée depuis la contestation en cause, et même depuis la sentence rendue sur l'action hypothécaire; mais je ne vois pas quel peut être le fondement de cet avis.

79. Cette exception ne s'oppose que par les tiers détenteurs, qui ne sont point obligés personnellement à la dette, n'ayant point acquis à cette charge.

Au reste ils ne sont pas censés y être personnellement obligés, pour en avoir eu connaissance, ou même pour avoir été chargés de l'hypothèque seulement et non de la dette, comme l'observe fort bien Loyseau, en son *Traité du Déguerpissement*, liv. 3, chap. 8, n° 14. C'est pourquoi ils ne laissent pas, en ces cas, de pouvoir opposer la discussion.

80. Cette exception ne peut s'opposer par ceux qui sont personnellement tenus de la dette, pour quelque petite partie que ce soit.

Dans certaines coutumes, les simples tiers détenteurs n'ont

pas même le droit d'opposer cette exception contre certaines créances hypothécaires.

Dans la coutume de Paris, elle n'a lieu qu'à l'égard des créances hypothécaires de sommes exigibles; elle ne s'oppose point contre les créanciers de rentes, soit que le créancier ait une hypothèque spéciale sur l'héritage pour lequel l'action hypothécaire est donnée, soit qu'il n'ait qu'une hypothèque générale : c'est ce qui est dit en termes formels par l'art. 101. *Les détenteurs et propriétaires d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes sont tenus hypothécairement icelles payer......sans qu'il soit besoin d'aucune discussion.*

81. Cet article ne distingue point si l'hypothèque est spéciale ou seulement générale. Il dit en termes généraux: *d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes;* d'où il suit qu'aux termes de cet article, on ne peut opposer la discussion aux créanciers de rentes, quand même ils n'auraient qu'une hypothèque générale.

Laurière, contre le texte formel de cet article, n'a pas laissé d'avancer que les créanciers de rentes étaient obligés à la discussion dans la coutume de Paris; la raison sur laquelle il se fonde est que la coutume n'a dispensé de la discussion les créanciers de rentes, que parce qu'autrefois les rentes constituées étaient regardées comme des charges réelles des héritages, et de la même nature que les rentes foncières; qu'aujourd'hui, qu'elles sont considérées différemment, les créanciers de ces rentes doivent être sujets à la discussion. Cet avis de Laurière n'est pas suivi, et est contredit par tous les commentateurs, Duplessis, Lemaître, etc., et avec raison; car, quoique les rentes constituées soient considérées différemment de ce qu'elles étaient autrefois, la disposition de la coutume qui dispense de la discussion les créanciers de rentes, n'en subsiste pas moins.

82. Dans notre coutume, les tiers détenteurs peuvent opposer la discussion aux créanciers de rentes, lorsqu'ils n'ont qu'une hypothèque générale. Pour qu'ils ne puissent l'opposer, il faut que deux choses concourent :— 1° Que la créance

hypothécaire soit une rente ;—2° que l'hypothèque soit une hypothèque spéciale. C'est ce qui résulte de l'article 436 dé la coutume d'Orléans.

83. Dans les coutumes qui ne s'en appliquent pas, les tiers détenteurs peuvent opposer la discussion contre toutes les actions hypothécaires, quelle que soit la créance hypothécaire, créance exigible ou rente, et quelle que soit l'hypothèque générale et spéciale; car l'exception de discussion est de droit commun, et par conséquent elle doit avoir lieu tant qu'il n'y a quelque loi ou coutume qui contienne quelque cas d'exception. C'est le sentiment de Loyseau, liv. 3, chap. 8, n° 5, 6, 7, qui prétend même qu'il y aurait lieu à la discussion dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, quand même l'héritage n'aurait pas été spécialement hypothéqué à la rente, mais qu'il y aurait clause d'assignat par laquelle la rente aurait été créée spécialement à prendre sur les revenus de l'héritage, cette clause d'assignat n'empêchant pas que l'obligation de l'héritage ne soit qu'accessoire à la personnelle.

84. Si le créancier avait été nanti de l'héritage, quand même la possession en laquelle on l'aurait mis de cet héritage ne serait qu'une possession feinte et civile, l'acquéreur qui aurait acquis cet héritage du débiteur, et s'en trouverait en possession réelle, ne pourrait opposer la discussion, le créancier n'ayant pas dû être dépossédé. C'est le sentiment de Loyseau au même endroit.

85. On doit suivre, sur les cas auxquels la discussion doit avoir lieu ou non, la coutume du lieu où est situé l'héritage hypothéqué ; car l'exemption ou la nécessité de la discussion dans certains cas, sont des effets de la plus grande ou de la moindre vertu de l'hypothèque; or, il est évident que c'est à la coutume qui régit l'héritage à régler la nature et l'étendue des différents droits qu'on peut avoir dans l'héritage; quand même il serait expressément porté par le contrat que le créancier aurait une hypothèque sur tous les biens ou certains biens du débieur, contre laquelle l'exception de dis-

cussion ne pourrait être opposé, les tiers détenteurs de ces biens ne laisseraient pas de pouvoir l'opposer ; car cette clause dans un contrat où ce tiers détenteur n'était point partie, ne peut lui préjudicier, ni lui ôter un droit qui lui est accordé par la loi : *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.*

86. Le créancier à qui on oppose la discussion, doit faire vendre les meubles de son débiteur principal et des cautions, ou rapporter un procès-verbal de *carence* des meubles.

Il est obligé aussi de discuter leurs immeubles, mais seulement ceux qui lui sont indiqués par celui qui lui oppose la discussion ; car il n'est point obligé de les connaître.

Il en est de même des dettes actives de son débiteur, et même des meubles corporels qui seraient ailleurs qu'en la maison de son débiteur ; le créancier n'étant point obligé de les connaître, n'est obligé de les discuter qu'autant qu'ils lui sont indiqués.

87. Le créancier n'est point obligé de discuter les biens de ses débiteurs et cautions qui sont hors le royaume.

Il n'est point obligé de discuter ceux qui sont litigieux, et dont la propriété est contestée à son débiteur ; car il ne doit pas être obligé d'attendre la fin d'un procès, ni à soutenir le procès.

88. Enfin le tiers détenteur contre qui le créancier a donné son action, ne peut obligé le créancier à discuter les biens d'autres que de ses débiteurs et cautions, et il ne peut le renvoyer contre les autres tiers détenteurs d'héritages, pareillement obligés à sa créance, soit qu'ils aient été aliénés les premiers ou les derniers.

Loyseau, liv. 3, chap. 8, n° 29, dit néanmoins, que lorsque le créancier a une hypothèque spéciale sur un héritage possédé par un tiers détenteur, et qu'il a donné sa demande contre le détenteur d'un héritage sur lequel il n'a qu'une hypothèque générale, ce détenteur peut le renvoyer à la discussion de l'héritage spécialement hypothéqué. Ce qui est fondé sur la loi 9, Cod. *de Dis. pig.*, et d'autres, qui décident que le créancier doit commencer par vendre les hypothèques

spéciales avant que de venir aux générales; mais cette décision de Loyseau ne reçoit plus d'application au moyen de la clause que l'on ne manque jamais d'insérer, que *la spéciale hypothèque ne nuira point à la générale,* laquelle clause donne le pouvoir au créancier de discuter les hypothèques générales, si bon lui semble, avant les spéciales; et cette clause est devenu tellement de style et passée en usage, que plusieurs auteurs disent que quand elle aurait été omise, elle devrait être sous-entendue.

89. Il nous reste à observer que la discussion doit se faire aux frais de celui qui l'oppose, et que le créancier à qui on indique des héritages du débiteur à discuter, est fondé à demander que celui qui oppose la discussion, lui fournisse une somme de deniers pour frayer à la saisie réelle qu'il en fera, faute de quoi il doit être dispensé de la discussion des immeubles.

---

* 3 *Troplong, Privil.,* *nº* 796 *et s.* } 796. Notre article s'occupe de l'exception de discussion que le tiers détenteur peut opposer au créancier qui le poursuit. Elle a pour but de renvoyer le créancier poursuivant à se faire payer par les débiteurs personnels, avant d'attaquer les possesseurs et tiers détenteurs qui ne sont tenus qu'à cause de la chose. On a pensé que les obligations personnelles, étant plus étroites, doivent être épuisées, avant d'inquiéter ceux qui sont tenus d'un lien moins rigoureux. " Ne tertius pos" sessor, dit Huberus (1), ob alienum debitum re possessâ " spolietur."

Cette exception a son fondement dans la novelle 2 (2),

(1) Prælec., sur le D., *De pignorib.*, n. 9.

(2) Par le droit ancien, le créancier paraît n'avoir pas été soumis à l'exception de discussion. Après qu'il avait mis le débiteur en demeure de payer par une sommation, il était maître d'actionner à son gré ou le débiteur principal, ou les cautions, ou d'agir sur les hypothèques (L. 24, C., *De pign.*, L. 10, C., *cod.*). Par le droit nouveau, le créancier conserva bien cette élection, mais ce ne fut que tant que le débiteur possédait la

" sed neque ad res debitorum, *quæ ab aliis detinentur*, veniat " priùs creditor, antequàm transeat viam super personalibus " contrà *mandatores et fidejussores et sponsores ;* idem enim " est dicere, vel si quosdam habuerint homines ipsis sibimet " obligatos, et qui hypothecariis actionibus sibi teneri pos- " sint (1)." Sur quoi l'on peut voir Cujas dans son Exposition des novelles et dans ses observations (2).

Toutes les coutumes françaises n'avaient pas été aussi favorables aux tiers détenteurs. Plusieurs avaient rejeté le bénéfice de discussion,telles que Cambrai, Perche, Auvergne, Marche, Anjou, Dourdan, etc. (3) ; d'autres ne le rejetaient que pour les rentes constituées avec hypothèque spéciale (4); d'autres au contraire l'avaient admis sans distinction, conformément au droit romain (5), telles que Clermont, Auxerre, Châlons, Sedan.

Néanmoins Loyseau enseigne que le droit commun était qu'il fallait discuter l'obligé principal, et que la novelle 4 devait être suivie dans les coutumes muettes, comme étant plus conforme à l'équité (6).

La loi de brumaire an 7 avait aboli la discussion (7) ; cette

chose. Que si le débiteur l'avait aliénée, alors, par la novelle 4, le créancier ne put poursuivre les tiers détenteurs qu'après avoir discuté le débiteur principal et ses cautions (Voët, lib. 20, t. 4, n. 3).

(1) Cap. 2.

(2) Liv. 8, c. 19. Voyez de plus la glose de Godefroy. Despeisses, t. 1, p. 403, n. 5. Voët, liv. 20, t. 4, n. 3.

(3) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n. 1.

(4) Orl., art. 436.

(5) Coquille, Niv., sur l'art. 3 du t. 7. Pothier, sur l'article 436 d'Orléans, et introd., t. 20, n. 35.

(6) Liv. 3, ch. 8, n. 5 et 6.

(7) Arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1806 (S., 7, 2, 902). Cet arrêt décide que, sous le Code, on ne peut opposer l'exception de discussion à des poursuites commencées sous la loi de brumaire an 7. Grenier, t. 2, p. 56.

abolition peut s'expliquer par ce qui se pratiquait dans les pays de nantissement. Loyseau nous apprend que, sous l'empire des coutumes de nantissement, le bénéfice de discussion n'avait pas lieu, par la raison que le créancier était considéré comme ayant en quelque manière la possession de la chose, au moyen des formalités requises pour le nantissement. Or, ayant une possession feinte et civile de la chose, on ne pouvait le repousser du droit de suite par l'exception de discussion, l'aliénation faite par le débiteur n'ayant pu le déposséder (1).

Les formalités de l'inscription ont beaucoup de rapport avec celles du nantissement (2). On pouvait les considérer dès-lors comme constituant au profit du créancier une sorte de prise de possession qui excluait toute exception dilatoire. Quoi qu'il en soit, le Code civil a rétabli l'exception de discussion. Nous allons voir dans quels cas et sous quelles conditions on peut s'en prévaloir.

797. D'abord, celui qui est *personnellement* obligé à la dette ne peut demander la discussion. L'action personnelle, se trouvant jointe à l'hypothèque, produit une obligation *plus prégnante et plus prompte*, comme dit Loyseau (3). De là, la maxime de Bartole, "*quotiès personalis actio cum hypotheca-*" *riâ concurrit, nec divisioni nec discussioni locus est.*"

Ainsi, si le tiers détenteur avait contracté une obligation personnelle envers le créancier; si par exemple, en vertu d'une clause du contrat d'acquisition acceptée par les créanciers inscrits, il se fût soumis à payer les dettes inscrites, il est certain qu'il ne pourrait opposer l'exception de discussion.

De même, si le détenteur possédait comme acquéreur de droits successifs ; si, étant donataire, une clause de la donation le chargeait de l'acquittement des dettes, on ne peut douter qu'il ne fût pas recevable à opposer le bénéfice de discussion.

(1) Liv. 3, ch. 8, n. 11. Despeisses, t. 1, p. 404, *secundo*.

(2) *Suprà*, n. 558.

(3) *Loc. cit. Junge* Favre, C. Lib. 2, t. 39, déf. 14, Basnage, C. 14.

La Cour de cassation a même décidé que le tiers détenteur qui, hors la présence du créancier, s'était engagé avec le vendeur à servir les rentes hypothéquées sur l'immeuble, était personnellement engagé dans le sens de l'art. 2172, et ne pouvait pas délaisser (1). En appliquant cette décision à l'espèce, on doit dire qu'il ne pourrait pas opposer les bénéfices de discussion, et c'est ce que décide Loyseau (2), par la raison que, le vendeur ayant recours contre l'acquéreur, il ne serait pas juste que ce dernier pût demander que celui qui a recours contre lui fût discuté avant lui (3). Favre est du même avis : écoutons-le parler : " Qui emit à debitore " eâ lege ut pretii partem solveret certo pignoratitio credi- " tori, si posteà conveniatur hypothecaria, non habet bene- " ficium excussionis. Licèt enim ea conventio, tanquàm " inter alios facta, nullum jus *creditori ignoranti* adquirere " potuerit, prodest tamen ad constituendum emptorem in " malâ fide, ne exceptionem possit objicere, quæ non tàm " summo jure nititur quàm æquitate (4)."

Mais si le tiers détenteur n'est pas obligé personnellement, il peut opposer la discussion. Dans cette classe sont ceux qui possèdent l'immeuble à titre de vente ou d'échange pur et simple, de donation à titre particulier, de legs particulier. Je reviendrai là-dessus dans mon commentaire sur l'art. 2172.

798. A l'égard de l'héritier du débiteur, on sait qu'il n'est tenu *personnellement* que pour sa part et portion. Ce qui peut faire naître la question de savoir si, ayant payé sa part et portion, il pourrait pour le surplus opposer l'exception de discussion.

Il résulte des principes professés par Loyseau, que l'héritier ne peut en aucun cas délaisser, et que, par conséquent,

(1) 21 mai 1807. S., 7, 1, 278. Rép., Délaissement.

(2) Liv. 3, ch. 8, n. 14, et ch. 2, n. 6.

(3) Despeisses, t. 1, p. 404.

(4) Code, lib. 8, t. 6, déf. 33. V. cependant *infrà*, 813, l'opinion contraire de M. Delvincourt.

il ne peut s'opposer à la vente de l'héritage par l'exception de discussion (1).

" Faut pareillement observer que cette discussion, qui a " été introduite en faveur du possesseur étranger, n'a point " lieu à l'égard de l'un des héritiers de l'obligé, qui quant et " quant serait détempteur de la chose hypothéquée, bien " qu'il offrit de payer, même qu'il eût payé à part sa portion " héréditaire." Il paraît que cette doctrine était en vogue du temps de Loyseau. C'est de plus celle de Favre (2) et de Despeisses (3).

On la trouve reproduite dans les ouvrages de Pothier (4), ce qui me paraît étonnant : car ce jurisconsulte, d'accord avec Lebrun (5), enseigne formellement, contre l'opinion de Loyseau, que l'héritier qui a acquitté la part de la dette dont il est personnellement tenu, peut, suivant la nature de l'action hypothécaire, se décharger du surplus par l'abandon des immeubles auxquels il a succédé, et qui y sont hypothéqués. Il résulte bien clairement de ces principes, qui sont ceux qu'on doit suivre aujourd'hui, que, pour ce surplus, l'héritier est considéré comme un véritable tiers détenteur (6) ; de là, la conséquence qu'il peut opposer l'exception de discussion, tout aussi bien qu'un étranger, et renvoyer le créancier à discuter les immeubles de la succession possédés par les autres héritiers ; car s'il est tiers détenteur pour délaisser, alors qu'il a payé sa part, pourquoi ne serait-il pas tiers détenteur pour opposer l'exception de discussion ? C'est l'opinion de M. Chabot (7) et de M. Grenier (8) ; mais

(1) Liv. 3, ch. 8, n. 13, et ch. 2, n. 4.

(2) Cod., lib. 8, t. 21, déf. 1.

(3) T. 1, p. 404.

(4) Orl., t. 20, n. 35, et Hyp.

(5) Success., p. 608, n. 33.

(6) C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 26 vend. an 11, qui reconnaît à l'héritier le droit de délaisser. Denev., an 11, 1, 8.

(7) Sur l'art. 873 du Code civil.

(8) T. 1, p. 356., n. 173.

M. Dalloz (1) adopte l'opinion contraire. Je lui ferai la même objection que je faisais tout à l'heure à l'opinion de Pothier Car M. Dalloz admet, comme Pothier, que l'héritier qui a payé sa part et portion est, pour le surplus, un tiers détenteur *non obligé personnellement* (2) qui peut délaisser.

Vainement dit-il que, si l'exception de discussion était opposée par les héritiers, ce serait un moyen de renvoyer le créancier de l'un à l'autre. Cela est vrai ; mais ce ne serait qu'à la charge que chacun payât sa part, d'où résulterait que dans un tel circuit le créancier obtiendrait, enfin de compte, son paiement intégral.

799. L'exception de discussion n'a pas lieu contre l'action en déclaration d'hypothèque, ou autrement dite d'interruption (3). Elle n'a d'utilité que pour empêcher la vente forcée.

Elle n'a pas lieu non plus en cas d'hypothèque spéciale, ce que j'expliquerai plus amplement à l'art. 2171.

Quelques uns ont pensé que l'exception de discussion n'a pas lieu non plus lorsque l'hypothèque a été constituée à la charge que le créancier ne serait pas tenu à la discussion d'autres biens.

Mais c'est une erreur réfutée par Favre (4). La renonciation du débiteur à la discussion ne peut préjudicier à l'acquéreur qui n'était pas partie à cette renonciation. Nul ne peut renoncer qu'à un droit introduit en sa faveur. Or, le bénéfice de discussion n'a pas été introduit en faveur du débiteur ; c'est un secours accordé au tiers détenteur : lui seul peut donc y renoncer (5).

800. Notre article veut que l'exception de discussion ne puisse avoir lieu que lorsque le principal ou les principaux

(1) Hyp., p. 349, n. 4.

(2) Hyp., p. 432, n. 2.

(3) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n. 15. Cassat., 2 mars 1830 (Dal., 30, 1, 149).

(4) *De errorib. pragmat.* error. 6, decad. 5.

(5) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n. 21, 22. Pothier, Orl., t. 20, n. 35.

obligés ont dans leur possession d'autres immeubles hypothéqués à la même dette.

Ainsi, deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à l'exception de discussion.

La première, que les biens sur lesquels on renvoie le créancier à se pourvoir, soient hypothéqués à la même dette que celle qui donne lieu à la poursuite hypothécaire contre le tiers détenteur. Si le débiteur principal n'avait que des biens *non hypothéqués*, on ne pourrait renvoyer le créancier à les faire vendre préalablement. La raison en est que le produit de cette vente ne lui est pas attribué par préférence, et que, ne pouvant y venir que par concours avec les autres créanciers chirographaires, il a bien plus d'intérêt à faire saisir l'immeuble qui lui est affecté, et sur lequel il n'a pas de rivalité à redouter.

La seconde condition est que les biens hypothéqués sur lesquels on renvoie le créancier poursuivant à se venger, soient encore en la possession du débiteur (1); car s'ils étaient entre les mains d'autres détenteurs, il n'y aurait pas lieu à discussion. Ces autres détenteurs opposeraient à leur tour l'exception dilatoire de discussion, en sorte que le créancier ne trouverait plus personne pour lui répondre.

800 *bis*. Il ne suffit pas de discuter le principal obligé : on doit aussi discuter ses cautions et même le certificateur de la caution, qui se sont obligés hypothécairement à la dette, et qui sont en possession des immeubles grevés de l'hypothèque (2).

C'est ce qu'enseignent Favre (3), Loyseau (4), Despeisses (5);

(1) Papon, Arrêts, liv. 11, t. 10. Chopin, *De morib. paris.*, lib. 3, t. 2, n. 2. Favre, *De errorib. gram.*, part., 1, décad. 5, error. 9 Guypape, quæst. 432. Despeisses, t. 1, p. 404. Pothier, Orléans, t. 20, n. 37.

(2) *Auth. hoc si debitor*. C. *de pignorib.*

(3) C., lib., t. 6, déf. 32.

(4) Liv. 3, ch. 8, n. 6, 7, 8.

(5) T. 1, p. 403, 404.

et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la chambre de l'Edit de Castres du 11 septembre 1636, rapporté par ce dernier auteur.

M. Dalloz voudrait que l'on suivît sous le Code civil une opinion différente : il se fonde sur ces mots de notre article " *dans la possession du principal ou des principaux obligés.*" Or, dit-il, ces expressions ne s'appliquent qu'à des codébiteurs solidaires et non à des fidéjusseurs.

Cette doctrine me paraît inadmissible. La pensée du législateur a été de faire porter les poursuites en premier ordre sur ceux qu'un lien *personnel* rend obligés du créancier, afin d'épuiser les moyens de contrainte sur les débiteurs qui, étant tenus en même temps *hypothécairement et personnellement,* sont plus étroitement engagés que ceux qui ne sont tenus que comme *tiers détenteurs.* C'est en ce sens que la loi entend parler des *principaux obligés.* Elle met les tiers détenteurs en face des obligés personnels et hypothécaires, et elle donne à ceux-ci la qualification d'obligés *principaux,* parce qu'en effet le lien principal, qui est le lien *personnel,* pèse sur eux, tandis que les autres n'ont qu'une obligation accessoire comme tiers détenteurs (1).

801. Maintenant voyons la forme de la discussion.

D'abord, l'exception de discussion doit être requise par le tiers détenteur : le juge ne peut l'ordonner d'office ; et comme elle est purement dilatoire, elle doit être proposée *par les dernières poursuites* (art. 2022 du Code civil) (2).

Qu'entend-on par première poursuite ? C'est la sommation faite au tiers détenteur de délaisser ou de payer, parce que, comme nous l'avons vu ci-dessus, cette sommation tient lieu

(1) C'est en ce sens que la chose a toujours été comprise. Je lis dans les Prélections d'*Huberus* le passage suivant, où l'on voit la qualification de *principal débiteur* donnée à la caution : " Si debitor ejusque " hæredes non exstent, priusquàm tertius possessor excutiatur, fidejus- " sores conveniendi sunt, qui scilicet ut *principales* debitores sunt obli- " gati, et actionem *principalem* participant........" *De pign. et hyp.*, n. 9, p. 1033.

(2) Loyseau, ch. 8, liv. 3, n. 26.

de commandement, et sert de point de départ à la poursuite en expropriation (1).

Néanmoins, rien n'empêcherait le tiers détenteur d'opposer, avant tout, la nullité de la poursuite, si en effet elle était entachée de quelque vice ; car, l'exception de discussion étant un obstacle à la poursuite, il s'ensuit qu'il n'est nécessaire d'y recourir qu'autant que la poursuite est régulière. Par la même raison, on pourrait opposer, avant l'exception de discussion, le défaut de qualité dans le poursuivant (2).

Le tiers détenteur doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisans pour faire la discussion (3). Il ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni, comme je viens de le dire au numéro précédent, des biens hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur (4).

Je ne fais ici qu'indiquer les principes. Leur développement se rattache à un autre commentaire sur les art. 2022 et suivans du Code civil, au titre du cautionnement. Je me borne à ajouter que, d'après l'art. 2024, toutes les fois que la caution a fait l'indication des biens, et qu'elle a fourni les deniers suffisans pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard du

(1) N. 790.

(2) On peut consulter, sur le rang à suivre dans les exceptions qu'on a droit d'opposer, *Hilligerus*, commentateur de *Donellus* (Doneau), lib. 22, cap. 8, note 24. Cette matière des exceptions est fort imparfaitement traitée dans nos auteurs. Mais ce n'est pas le lieu de s'en occuper ici.

(3) Par arrêt du 21 mars 1827, la Cour de cassation a décidé que le tiers détenteur n'était pas obligé de faire l'*offre* de l'avance des frais s'il n'en était requis. Dal., 27, 1, 182.

(4) Art. 2023. Pothier, Orl., t. 20, n. 36. Loyseau, ch. 8, liv. 3, n. 19, et Garantie des rentes, ch. 9, n. 4. Basnage, Hyp., ch. 16.

tiers détenteur, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par défaut de poursuites.

802. Pendant la discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué. Cependant je crois que, malgré la vérité de cette règle, il faut apporter ce tempérament, que l'on ne doit surseoir aux poursuites hypothécaires qu'autant que les biens ne seraient pas notoirement insuffisans pour payer le créancier (1). Car, s'il était évident que les biens indiqués fussent de si peu de valeur qu'il n'y eût pas à beaucoup près de quoi payer la dette, on ne laisserait pas de continuer la poursuite hypothécaire. Le créancier ne peut être retardé dans son paiement Toutefois, pour peu qu'il y eût des biens, il faudrait toujours les faire vendre, puisque ce serait autant de diminué à la décharge du tiers détenteur. Telle est l'opinion des anciens interprètes, approuvée par Loyseau (2).

802 *bis*.La discussion, une fois faite sur l'exception d'un tiers détenteur, ne peut être réclamée par d'autres tiers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette.

De même, la discussion faite par l'un des créanciers profite à tous les autres créanciers qui ont hypothèque (3).

Et ces deux propositions sont toujours vraies, à moins toutefois qu'on ne prouve que, depuis, le débiteur principal a recouvré des biens, ou qu'il a un héritier pur et simple solvable (4).

---

* 2 *Déc. du B. C., p.* 455. *Price, demdr., Nelson, défdr. et McKay, intervenant, C. S. Montréal*, 1851. } Jugé, que l'hypothèque spéciale n'est pas une fin de non-recevoir contre l'exception de discussion, et que le tiers-détenteur poursuivi par le vendeur originaire, peut lui opposer cette exception de discussion.

Aussi, que le tiers-détenteur ne peut réclamer le droit de rétention jusqu'au paiement de ses impenses et améliorations.

(1) Arrêt de Toulouse du 30 avril 1836 (Sirey, 37, 2, 23).

(2) De l'Act. hyp., liv. 3, ch. 8, n. 24.

(3) Favre, C. lib. 8, t. 6, déf. 30.

(4) Idem, déf. 28.

This was an hypothecary action, under a special mortgage, created by McKay, the Intervening party, in favor of the Plaintiff. Since the hypothecation, the property had passed into the hands of the Defendant, who was sued as *tiers-détenteur.*

The Defendant, by his exception of *discussion,* set up that McKay, the principal debtor, was possessed of other real property, which he pointed out, and which, he alleged, the Plaintiff was bound to discuss, before she could proceed hypothecarily against him ; and tendered *à deniers découverts,* the costs of the discussion.

By another exception, the Defendant claimed that in case he should be condemned to *délaisser* the property, it should be only on receiving back from the Plaintiff the amount which he had expended in *impenses et améliorations nécessaires et utiles.*

To these two pleas the Plaintiff demurred.

DAY, J. The Court is of opinion that the exception of discussion is well founded. As a first impression, it seemed that when there was a special hypothecation, the exception of discussion could not be pleaded, but on reflection we are satisfied that it can. (1) There is another exception, setting up a claim for ameliorations. This, we think, is totally untenable. There is no right of retention on the part of a *tiers-détenteur.* His only right is by opposition, to claim the value of his ameliorations after the property has been sold, and this right is reserved by the judgment.

MONDELET, J. My first impression was that a special hypothecation was a bar to the exception of discussion, but a further examination has satisfied me to the contrary.

SMITH, J. The general rule is that the giving of a special security does not alter the common law rights of the parties.

(1) Nouveau Den. vbo. Discussion de Biens, Sec. 5, No. 8, p. 532 : — Rep. de Jur., vbo. Discussion, p. 713 :— Trop., Hyp., No. 808, pp. 444-5.

The following is the judgment:

The Court having heard the parties on the demurrers of the Plaintiff to the *exception dilatoire* of the Defendant, and the third plea, or second peremptory exception of the Defendant, examined the proceedings, &c.: Considering that the *exception de discussion*, by the Defendant in the said cause pleaded, is well founded in law, doth dismiss the special answer in the nature of a demurrer to the said exception, with costs; and considering that the Defendant is not by law entitled to retain possession of the land and premises in the Plaintiff's declaration and in the said exception described, until the value of his said ameliorations be paid, or other the conclusions by him in the said peremptory exception taken, doth dismiss the said peremptory exception with costs, reserving to the Defendant his right to claim the value of his ameliorations, in the said last mentioned exception, in due course of law.

---

* 2 *Domat* (*Remy*), *Des hyp.*, *Liv.* 3, *Tit.* 1, *s.* 3, *n*° 6. } Quoique le créancier qui a une hypothèque, soit générale ou spéciale, puisse l'exercer sur tous les biens qui y sont sujets, ou sur ceux même qui sont possédés par des tierces personnes, qu'on appelle tiers détenteurs, il est de l'équité que, s'il peut acquérir son paiement sur les biens restés à son débiteur, quand même son hypothèque serait spéciale, mais qu'avant que d'inquiéter ce possesseur, et donner sujet aux suites d'un recours contre le débiteur, il discute les autres biens qui peuvent être possédés par ce débiteur. (C. civ. 2178.)

On n'a pas mis ici cette règle de la discussion, parce qu'elle est du droit romain, et qu'elle s'observe en quelques provinces. Mais en d'autres le créancier n'est pas obligé de discuter les biens du débiteur, avant que de venir au tiers détenteur, et il peut saisir en même temps, et sans discussion, tous les biens sujets à son hypothèque, soit générale ou spéciale, encore qu'ils soient possédés par des tiers détenteurs. V. l'art. 4 de la sect. 2 des Cautions.

Il faut remarquer sur ce sujet de l'hypothèque générale et de la spéciale, qu'encore que l'hypothèque spéciale marque une affectation plus

particulière sur l'héritage spécifié, que la simple hypothèque générale, qui n'en désigne aucun ; il est pourtant vrai, que, pour ce qui est du droit d'hypothèque et de ses effets, il est égal pour le créancier que son hypothèque soit seulement sur tous les biens, ou qu'on y ajoute une hypothèque spéciale sur quelques-uns qui soient désignés. Car les effets de l'hypothèque sont toujours les mêmes sur les biens qui y sont sujets, comme il a été remarqué dans l'art. 5. Et l'affectation générale donne le même droit au créancier sur chacun des fonds qu'elle peut comprendre, que pourrait lui donner une désignation expresse qui les marquerait tous. Ainsi, pour ce qui regarde l'effet et l'usage de l'hypothèque entre le créancier et le débiteur, il semble qu'il n'y ait point d'autre différence de l'hypothèque spéciale à la générale, qu'en ce que la spéciale désigne au créancier de certains fonds sur lesquels il peut exercer son droit, et que la générale n'en désignant aucun, le créancier qui ignore quels sont les fonds de son débiteur, est obligé de s'en informer.

Que si on considère l'usage de l'hypothèque entre le créancier d'un même débiteur, ou entre un créancier et un tiers possesseur de biens sujets à l'hypothèque de ce créancier, ils semble par les deux premiers textes cités sur cet article, que lorsque le créancier qui a une hypothèque spéciale sur quelques fonds, et une hypothèque générale sur tous les biens de son débiteur, exerce son hypothèque sur d'autres biens que ceux qui lui sont spécialement affectés, et que son action intéresse, ou d'autres créanciers, ou des tiers détenteurs à qui il s'adresse ; ces autres créanciers et ces détenteurs pourraient l'obliger à commencer par la discussion des biens qui lui seraient spécialement affectés, avant que de venir aux autres. Mais, par cet effet de l'hypothèque spéciale, la précaution du créancier qui l'aurait stipulée tournerait contre lui. Et c'est vraisemblablement ce qui a donné sujet à ceux qui, outre l'hypothèque générale sur tous les biens, se faisaient affecter quelques fonds en particulier, d'ajouter la clause, que l'hypothèque spéciale ne dérogerait point à la générale, ni la générale à la spéciale. Et comme l'usage de cette clause est ordinaire dans tous les actes où il y a des hypothèques spéciales, et qu'elle est d'une équité toute naturelle, puisque l'hypothèque spéciale n'a pas été ajoutée à la générale pour y déroger, et pour rendre la condition du créancier moins avantageuse, il semble que par un effet de cette équité, et de l'accoutumance à cette clause, il est arrivé qu'elle est toujours sous-entendue, et que l'usage a remis les créanciers dans leur droit naturel d'exercer leur hypothèque indistinctement sur tous les biens qui y sont sujets sans qu'ils soient obligés à la discussion de l'hypothèque spéciale, quand même cette clause n'aurait pas été exprimée. Ainsi, il semble qu'il ne

reste aucun usage de la discussion des biens spécialement hypothéqués, avant que de venir aux autres.

Mais il y a une autre sorte de discussion, qui est celle qu'on a expliquée dans cet article, établie en faveur du tiers détenteur qui se trouve posséder un héritage sujet à l'hypothèque d'un créancier. Et cette discussion n'a rien de commun avec celle de l'hypothèque spéciale avant la générale. Car, au contraire, encore que l'hypothèque du créancier sur les fonds que possède un tiers détenteur soit une hypothèque spéciale, il ne peut l'exercer contre ce détenteur qu'après avoir discuté les autres biens sujets à son hypothèque. Ce qui est fondé sur un principe d'équité qui semble demander qu'on ne trouble pas ce possesseur sans nécessité, et qu'on ne l'engage pas à un recours contre ce débiteur, et que le débiteur ne soit pas exposé aux suites de la garantie; mais qu'il soit sursis jusqu'à ce que la discussion des autres biens fasse connaître si le créancier pourra être payé sans venir aux tiers détenteurs. C'est par ces raisons, suivant le dernier texte cité sur cet article, que la discussion en faveur du tiers détenteur est d'usage en quelques coutumes, quoiqu'en d'autres le créancier puisse agir directement contre le tiers détenteur, par une autre vue d'équité, à cause des inconvéniens, s'il arrive que les autres biens ne suffisent pas. Car alors la discussion se trouve inutile, et n'a pas d'autre usage que de multiplier des procédures et des frais qui tournent à charge, et aux créanciers, et au débiteur, et au détenteur même de qui l'héritage se trouvera engagé pour plus qu'il ne l'était avant la discussion ; au lieu que sa condition aurait pu être meilleure acquittant d'abord la dette pour garder son fonds ; de sorte qu'il serait peut-être plus avantageux, et au créancier, et au débiteur, et au détenteur même, qu'il n'y eût point de discussion ; car le détenteur doit prendre ses mesures et faire son choix, ou de ne point demander la discussion, ou de se soumettre d'en porter les frais si elle se trouve inutile par l'événement.

On ne s'arrête pas à expliquer ici quelques autres différences qu'on voit dans le droit romain entre l'hypothèque spéciale et la générale; car elles ne sont pas de notre usage.

2067. Cette exception ne peut cependant être opposée à l'égard des immeubles hypothéqués au paiement des rentes créés pour le prix du fonds.	**2067.** This exception however cannot be set up in respect of immoveables hypothecated for the payment of a rent created for the price of the land.

* *Cout. de Paris, art.* 101. } Les détenteurs et propriétaires d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes ou autres charges réelles ou annuelles, sont tenus hypothécairement icelles payer, avec les arrérages qui en sont dus ; à tout le moins sont tenus iceux héritages délaisser, pour être saisis et adjugés par décret au plus offrant et dernier enchérisseur, à faute de payement des arrérages qui en sont dus, *sans qu'il soit besoin de discussion : et si la rente est fonciere, l'héritage doit être adjugé à la charge de la rente.*

---

* 2 *Ferrière, sur Cout. de Paris, art.* 101. } Cet article qui étoit le 71 de l'ancienne coutume, est à mon avis très difficile à interpreter ; pour ne l'entendre pas, il n'y a qu'a lire ce que Tournet et les autres commentateurs en ont écrit. Peut-être que le lecteur en dira autant de mon interprétation.

Pour l'entendre, il fait voir de quelles charges et rentes il se doit entendre.

Premiérement, les détenteurs d'héritages sont tenus de payer les arrérages des rentes constituées ausquels ils sont affectés et hypothéqués, et les arrérages des rentes foncieres et autres charges réelles et annuelles, dont les héritages sont chargés et redevables ; les détenteurs des héritages peuvent être poursuivis personnellement et hypothécairement pour le paiement des arrérages en l'un et en l'autre cas ; avec cette différence néanmoins, laquelle est de très-grande conséquence pour entendre cet article, et la matiere du déguerpissement, que le tiers détenteur d'un héritage hypothéqué à une rente constituée étant poursuivi pour les arrérages de ladite rente, est en droit de délaisser et abandonner l'héritage, et au cas qu'il fasse ce délaissement avant contestation en cause, il se décharge par ce moyen des arrérages de la rente échus de son tems ; ainsi l'action hypothécaire est entierement éteinte à son égard.

Mais le détenteur d'un héritage chargé de cens, rente fon-

ciere, ou autre charge réelle et annuelle, ne peut pas se décharger du paiement des arrérages de ladite rente échus pendant sa détention, quoiqu'il déguerpisse l'héritage avant contestation en cause, suivant l'article 99, qui statue indistinctement que les détenteurs d'héritages chargés de rentes foncieres, sont tenus personnellement des arrérages de ces rentes pendant le tems de leur possession et détention : la raison en est claire et sans replique ; sçavoir que ces rentes sont dues par les héritages, d'où il s'ensuit que les fruits provenans d'iceux doivent servir à les acquitter ; ainsi celui qui les a perçus, quoiqu'il ignorât qu'ils étoient chargés desdites rentes, s'est tacitement obligé personnellement de payer les arrérages desdites rentes par la perception des fruits, d'autant que le paiement des arrérages de ces rentes est une charge des fruits.

Que si les détenteurs des héritages ne peuvent point se décharger du paiement des arrérages des rentes foncieres, échus pendant leur détention, nonobstant le déguerpissement et l'abandonnement des héritages qui en sont chargés, il s'ensuit que cet article ne se peut point entendre des détenteurs des rentes foncieres, mais seulement des détenteurs des héritages hypothéqués à une rente constituée, lesquels peuvent le délaisser et abandonner ; et en le faisant auparavant contestation en cause, ils sont déchargés des arrérages échus de leur tems et des arrérages à écheoir.

Il faut observer une différence entre le déguerpissement fait par le détenteur d'un héritage chargé de cens, rente fonciere, ou autre charge réelle, et le délaissement ou abandonnement fait par le détenteur d'un héritage hypothéqué à une rente constituée ; que quand le déguerpissement se fait pour rente fonciere, il se fait au créancier de la rente fonciere, lequel rentre dans son héritage, sans qu'il soit besoin de faire créer un curateur à la chose déguerpie, pour être saisie réellement sur icelui, et mise en criées et adjugée au plus offrant et dernier enchérisseur : comme il s'observe lorsque l'héritage hypothéqué a une rente, est délaissé et

abandonné par le détenteur, auquel cas, parce qu'il n'y a plus de propriétaire de l'héritage, et que la saisie réelle ne peut être faite que sur un propriétaire véritable ou par fiction, il est nécessaire de faire créer un curateur à la chose abandonnée pour être ensuite saisie et mise en criées, et adjugée au plus offrant et dernier enchérisseur.

Cette saisie se fait par le créancier de la rente constituée pour avoir le paiement des arrérages qui lui sont dus ; ce qui ne se peut pas dire de la rente fonciere, vu que, comme il est dit ci-dessus, le détenteur en est tenu.

De ce qui a été dit ci-dessus, il s'ensuit que cet article ne se pouvant entendre que des détenteurs d'héritages hypothéqués à rentes constituées, il faut entendre ces mots, *ou autres charges réelles ou annuelles*, des arrérages des cens, rentes foncieres et autres charges réelles échus avant la possession du détenteur, et pour lesquels il ne peut être poursuivi personnellement, mais seulement par action hypothécaire ; l'article 99, ne chargeant le détenteur personnellement que des arrérages échus pendant le tems de sa possession, et le présent article mettant les arrérages de cens, rentes foncieres et autres charges réelles et annuelles échues avant le tems de la détention, au même rang que les rentes constituées et autres obligations générales pour lesquelles le tiers détenteur ne peut être poursuivi que par l'action hypothécaire.

Ces termes, *sans qu'il soit besoin de discussion*, ne conviennent aussi qu'aux rentes constituées, et ne peuvent recevoir application aux cens et rentes foncieres, que par rapport aux arrérages échus avant la détention du possesseur. Sur quoi il faut observer que par la derniere jurisprudence romaine, *novel. 4 de fidejussor*, le créancier est tenu discuter son débiteur avant que de s'adresser aux fidéjusseurs, ou aux détenteurs des biens par lui affectés et hypothéqués à son créancier. La raison en est manifeste, en ce que l'hypotheque n'est qu'accessoire à la personnelle ; l'hypotheque n'est constituée que pour la sûreté du créancier, afin que s'il ne peut pas être payé de son dû par le débiteur, il s'a-

dresse à ses biens ; il doit donc auparavant le discuter, c'est-à-dire, le faire paroître insuffisant, n'ayant plus de biens pour le payer, auparavant que de s'adresser aux détenteurs desdits biens, lesquels ne sont obligés aux créanciers qu'hypothécairement ; ainsi il y a beaucoup d'équité dans cette discussion.

Néanmoins la coutume de Paris déroge en ce point au droit commun, voulant que soit qu'il soit besoin de discussion, le créancier d'une rente constituée puisse poursuivre le tiers détenteur de l'héritage affecté à la rente pour le payement des arrérages, et lui en passer titre nouvel, ou l'obliger de délaisser l'héritage, comme il est porté dans l'article suivant.

Lorsqu'un héritage est chargé d'une rente fonciere, le détenteur étant tenu personnellement des arrérages, et le créancier d'icelle étant en droit d'en poursuivre le payement contre le détenteur sur les autres biens après condamnation, cette clause touchant la discussion n'a point lieu en ce cas : et partant cet article ne se peut entendre que des rentes constituées, et non pas des rentes foncieres.

Que si cet article ne se peut entendre que des rentes constituées et des arrérages des rentes foncieres et charges réelles échues avant la possession du tiers détenteur, il s'ensuit que ces termes mis à la fin, *et si la rente est fonciere, l'héritage doit être adjugé à la charge de la rente,* signifient uniquement que quand le délaissement ou déguerpissement est fait, faute de payement des arrérages de cens, rentes foncieres, et autres charges réelles échues avant la possession du tiers détenteur, et que la saisie réelle en est poursuivie par le créancier desdits arrérages, le fonds doit être adjugé à la charge des cens et rentes foncieres, ou autres charges réelles et annuelles pour l'avenir, et lesdits arrérages dûs du passé sont payés sur le prix de l'adjudication, de même aussi lorsqu'il y a concurrence de rentes foncieres ou constituées, ou d'une obligation hypothécaire sur l'héritage délaissé, et que ledit héritage est saisi pour la rente constituée ou la dette hypo-

thécaire, cet héritage doit être adjugé à la charge de la rente fonciere dont il est chargé.

Que si le détenteur étoit poursuivi, tant par un créancier d'une rente constituée dûe par le vendeur de l'héritage pour les arrérages de cette rente, et par le créancier d'une rente, et par le créancier d'une rente fonciere pour les arrérages d'icelle, et que le détenteur délaissât l'héritage en conséquence desdites charges, il seroit tenu de payer les arrérages de la rente fonciere échu de son tems, et l'héritage étant après saisi réellement sur un curateur, le créancier de la rente fonciere ayant formé son opposision à fin de charge, l'héritage ne seroit adjugé qu'à la charge de cette rente, et le prix de l'adjudication seroit payé au créancier de la rente constituée jusques à concurrence du principal et des arrérages.

Touchant la discussion, il faut observer qu'étant selon la disposition du droit commun, elle a lieu dans toutes les coutumes qui n'ont point de disposition contraire, ainsi qu'il a été jugé par plusieurs arrêts remarqués dans mon commentaire sur cet article.

La discussion est réelle : et partant elle se doit régler selon les coutumes où les héritages dont est question, sont situés, et non pas selon la coutume du domicile de celui auquel la rente est due.

Quoiqu'il ne soit point parlé en cet article si la discussion a lieu ou non, dans les simples obligations ou dettes personnelles, emportant hypotheque, toutefois il faut dire que la discussion a lieu et que le créancier de telles dettes doit discuter son débiteur avant que de s'adresser au détenteur d'un héritage ou rente appartenante au débiteur au tems de l'obligation ; et tel détenteur peut demander à l'encontre du créancier, qu'il soit tenu discuter son débiteur, mais cette discussion doit être faite aux frais, périls et fortunes du détenteur, sauf à répéter ses frais par l'événement, si les biens sont suffisans, comme il a été jugé par plusieurs arrêts qui ont établi une maxime certaine sur cette matiere, et dont on

ne doute plus au palais ; Tronçon en remarque deux, l'un du 26 août 1597, et l'autre du 22 janvier 1600.

---

§. 2. *De l'exception de garantie.*

2068. Le tiers-détenteur peut repousser l'action hypothécaire ou en déclaration d'hypothèque portée contre lui, lorsque le créancier poursuivant se trouve en quelque manière que ce soit personnellement obligé de garantir l'immeuble contre cette hypothèque.

§. 1. *Of the exception of warranty.*

2068. The holder may repel the hypothecary action, or the action for the recognition of a hypothec, brought against him, when the prosecuting creditor is in any way whatever personnally bound to warrant the immoveable against such hypothec.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n°* 96 *et s.* } 96. Lorsqu'un créancier, qui a un droit d'hypothèque sur un héritage possédé par un tiers détenteur, se trouve, de quelque manière que ce soit, personnellement obligé envers ce tiers détenteur à la garantie de cet héritage, cette obligation de garantie résiste à l'action hypothécaire qu'il a contre ce détenteur, et fournit à ce détenteur une exception qui détruit cette action.

Par exemple, si Pierre m'a vendu un héritage hypothéqué à une créance que Jacques a contre Jean, à qui cet héritage a autrefois appartenu, et que Jacques devienne par la suite héritier de Pierre qui me l'a vendu, quoique Jacques, de son chef, ait une hypothèque sur cet héritage que je possède, et en conséquence ait droit de donner l'action hypothécaire contre moi, néanmoins il ne pourra utilement la donner, parce qu'en sa qualité d'héritier de Pierre mon vendeur, il

se trouve obligé envers moi, ainsi que l'était Pierre, à me défendre de tous troubles par rapport à cet héritage, et par conséquent à faire cesser la propre demande qu'il avait droit, de son chef, d'intenter contre moi ; de même que cette obligation de garantie dont Jacques, comme héritier de Pierre, mon vendeur, est tenu envers moi, m'aurait donné une action de garantie contre lui pour faire taire et cesser les actions hypothécaires qui auraient pu être données contre moi par d'autres créanciers ; de même elle me donne une exception péremptoire contre sa propre demande : car, *qui habet actionem, multo magis debet habere exceptionem.*

97. Lorsque le créancier qui a donné contre moi l'action hypothécaire n'est héritier que pour partie de mon vendeur, par exemple, pour un quart, il ne doit être exclu de son action hypothécaire que pour la partie dont il est héritier ; c'est pourquoi je dois être condamné, en ce cas, à lui délaisser l'héritage pour les trois quarts, si mieux je n'aime payer les causes de l'hypothèque pour ces trois quarts, car n'étant obligé à la garantie envers moi que pour le quart dont il est héritier de mon vendeur, il ne peut être obligé de m'acquitter que pour cette partie, soit du délais de l'héritage, soit du paiement des causes de l'hypothèque si je voulais le conserver.

Si ce créancier, en même temps qu'il est héritier pour un quart de mon vendeur, est aussi biens-tenant, c'est-à-dire, possesseur d'immeubles de la succession de mon vendeur, hypothéqués à ma garantie, il doit être déclaré personnellement pour la part dont il est héritier de mon garant, et hypothécairement comme biens-tenant de mon garant, non recevable en sa demande, sauf à lui à se faire faire raison par ses cohéritiers, pour chacun leur part, de ce qu'il souffre d'être exclu de la demande qu'il avait de son chef contre moi.

98. Suivant ces principes, quoiqu'une femme ait, pour ses reprises et conventions matrimoniales, hypothèque sur les biens de son mari du jour de son contrat de mariage, et

qu'elle ait en conséquence l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs qui aurait acheté quelques biens de son mari pendant le mariage, néanmoins si elle accepte la communauté, comme en sa qualité de commune, elle est tenue, pour sa part en la communauté, de l'obligation de garantie que son mari a contractée durant le mariage envers ces acquéreurs, et qui est par conséquent une dette de la communauté, elle doit être, pour cette part, non recevable en son action hypothécaire (1).

99. L'exception qui résulte de la garantie a lieu, non-seulement lorsque le demandeur en action hypothécaire se trouve personnellement obligé à la garantie de l'héritage, mais encore lorsqu'il se trouve seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, comme si Pierre m'a vendu un héritage hypothéqué à Jacques pour une dette de Paul à qui cet héritage avait auparavant appartenu ; qu'ensuite ledit Pierre vende au dit Jacques d'autres héritages hypothéqués par conséquent à la garantie que Pierre est tenu de me prêter pour celui qu'il m'a précédemment vendu, si ce Jacques donne contre moi l'action hypothécaire, je lui opposerai pour exception contre sa demande, qu'il est possesseur d'héritages sujets à la garantie de celui dont il veut m'évincer.

100. Mais il y a cette différence entre l'exception que l'on a contre celui qui est personnellement tenu à la garantie, et celle que l'on a contre celui qui est seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, que la première l'exclut absolument de son action ou pour le total, s'il est obligé pour le total à la garantie, ou pour partie, s'il n'est tenu de la garantie que pour partie : au lieu que l'autre ne l'exclut pas absolument de son action, mais lui laisse la faculté de la suivre après qu'il aura abandonné les héritages sujets à la garantie qui est due au tiers détenteur, pour raison de l'héritage qu'il veut lui évincer par son action hypo-

(1) Mais si elle n'est pas personnellement obligée, elle ne sera tenue que jusqu'à concurrence de son émolument. (Bugnet).

thécaire, pour, par ce tiers évincé, vendre lesdits héritages sujets à la garantie, pour les dommages et intérêts qui lui sont dus, résultant de l'éviction qu'il a soufferte.

---

* 2 *Troplong, Priv. et Hyp., sur art.* 2170 *C. N., n°* 806 *et s.* } 806. La quatrième exception relevée par les auteurs est l'exception de garantie. Je laisse parler Pothier (1) :

" Lorsque le créancier est personnellement obligé, de " quelque manière que ce soit, envers le possesseur, à la " garantie de l'héritage qui lui est hypothéqué, *putà*, comme " étant devenu l'héritier du vendeur, il résulte de cette obli- " gation de garantie, dont il est tenu, une exception péremp- " toire contre son action hypothécaire ; car, la garantie con- " sistant dans l'obligation de défendre le possesseur de tous " troubles en la possession de son héritage, il est évident " qu'elle résiste à l'exercice de l'action pour le lui faire dé- " laisser. De là cette maxime : *Quem de evictione tenet actio,* " *eumdem agentem repellit exceptio.*

" Lorsque le créancier n'est tenu qu'en partie de la garan- " tie de l'héritage, il ne sera exclu de l'action hypothécaire " que pour la partie dont il est tenu de cette garantie.

" Lorsque le créancier n'est pas à la vérité personnelle- " ment tenu de la garantie, mais possède des héritages hypo- " théqués à cette garantie, il peut, comme possédant ces héri- " tages, être exclu de l'action hypothécaire ; mais avec cette " différence que le créancier, qui est personnellement tenu de " la garantie, est absolument exclu de l'action hypothécaire ; " au lieu que celui qui possède seulement des héritages " affectés à cette garantie, n'est exclu de son action hypo- " thécaire qu'autant qu'il veut retenir ces héritages, et il " peut, en les abandonnant, suivre l'action hypothécaire (2)."

(1) Orléans, t. XX, n° 41,

(2) Add. Dalloz, ch. II, sect. VI, art. 3, § 3, n° 1, 2 et 3, cite également Pothier, en disant : "Le code civil ne parle pas de cette exception de garantie ; mais elle résulte évidemment des principes."

Supposant le cas suivant : Jacques est créancier de Jean d'une somme

806 2° (1). 806 3° (2).

de 10,000 francs hypothéquée sur le domaine de ce dernier ; Jean vend à Pierre ce même domaine que Pierre revend à Paul; Pierre meurt laissant Jacques pour héritier," il ajoute, n° 4: "Enfin, si Jacques n'était pas héritier de Pierre, mais qu'il eût simplement acheté de celui-ci divers immeubles affectés à la garantie de Paul, il s'élèvera encore une fin de non-recevoir contre l'action hypothécaire qu'il voudra diriger contre Paul ; car s'il n'est pas tenu *personnellement* à la garantie envers ce dernier, il y est tenu *hypothécairement.* Mais il y a cette différence, remarque Pothier, entre l'exception que l'on a contre celui qui est *personnellement* tenu à la garantie, et celle que l'on a contre celui qui est seulement *possesseur* d'héritages hypothéqués à cette garantie, que la première l'exclut absolument de son action, soit pour le total, soit pour partie ; au lieu que l'autre lui laisse la faculté de suivre cette action, après qu'il aura abandonné les héritages sujets à la garantie ; sauf au tiers détenteur, évincé par l'action hypothécaire, à faire vendre lesdits héritages sujets à la garantie, pour les dommages-intérêts qui lui sont dus à raison de l'éviction qu'il a soufferte."

Op. conf. à Troplong : Persil, *Règ. Hyp.*, art. 2171, n° 11 ; Zachariæ, § 287 ; Grenier, n° 334 ; Battur, n. 518 et 521.

(1) Add. *La femme, en qualité de commune, est tenue pour sa part en la communauté, de l'obligation de garantie que son mari a contracté durant le mariage.*—Battur l'enseigne ainsi, n° 519, où il dit : " Suivant ces principes, ajoute Pothier, quoiqu'une femme ait, pour ses reprises et conventions matrimoniales, hypothèque sur les biens de son mari, du jour du mariage, et qu'elle ait en conséquence l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs qui auraient acheté quelques biens de son mari pendant le mariage, néanmoins, si elle accepte la communauté, comme en sa qualité de commune elle est tenue, pour sa part en la communauté, de l'obligation de garantie que son mari a contractée durant le mariage envers ses acquéreurs, et qui est par conséquent une dette de la communauté, elle doit être, pour cette part, non recevable en son action hypothécaire."

(2) Add. *Si le mari avait vendu son immeuble solidairement avec sa femme, elle ne serait plus recevable à agir par la voie hypothécaire sur cet immeuble, même en renonçant à la communauté.*—" Par la même raison, continue Battur, n° 520, si le mari avait vendu solidairement avec sa femme un de ses immeubles personnels, elle ne serait plus recevable à agir par la voie hypothécaire sur cet immeuble, même en renonçant à la communauté, par la raison qu'elle s'est engagée envers le tiers

806 4° (1).

acquéreur à le garantir, et qu'elle a par là renoncé à son hypothèque légale. Un arrêt de la cour de cassation, du 12 février 1811, l'a ainsi jugé. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'il en serait autrement si elle était mariée sous le régime dotal."

(1) Add. *La femme conserve-t-elle son action hypothécaire sur les conquêts, dans le cas où elle a renoncé à la communauté ?*—Battur traite la question, n° 521, où il dit : " La question devient infiniment plus difficile quand on l'applique aux conquêts aliénés par le mari durant le mariage. La femme conserve-t-elle son action hypothécaire sur ces conquêts, dans le cas où elle a renoncé à la communauté ? Les opinions sont partagés sur cette question ; l'affirmative et la négative ont des sectateurs également distingués. Les premiers fondent leur opinion sur ce que la femme, par l'effet de sa renonciation, est censée n'avoir jamais été commune ; qu'en conséquence les conquêts, étant censés avoir toujours été la propriété de son mari, doivent être assimilés aux propres du mari sur lesquels la femme peut incontestablement exercer son action hypothécaire, à moins qu'elle ne se soit expressément engagée avec son mari à en garantir la vente. Les derniers, et parmi eux Delvincourt qui a traité la question d'une manière fort savante, fondent leur opinion sur ce que la femme n'est réputée n'avoir jamais été commune que pour que ses propres ne soient pas exposés à être absorbés par l'action des créanciers de la communauté ; que toute fiction doit être restreinte au cas pour lequel elle a lieu, et qu'en conséquence la femme devra, nonobstant sa renonciation, être regardée comme commune pour la garantie des aliénations de conquêts faits durant la communauté, et que par suite elle devra être repoussée de l'action hypothécaire par l'exception *eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

" Quelque spécieuses que soient les raisons dont Delvincourt étaye son opinion, elles ne me paraissent point décisives, et je crois l'affirmative mieux fondée par les motifs suivants (*a*) :

" 1° Il ne me paraît point exact de dire que la fiction, qui fait réputer la femme renonçante non commune, n'ait pour but que de la mettre à l'abri, quant à ses biens personnels, de l'action des créanciers de la communauté : cette fiction serait alors superflue ; car la loi accorde aux femmes mariées en général une protection si spéciale, pour qu'elles ne soient point les victimes de la gestion de leurs maris, que, dans le cas

(*a*) C'était l'opinion de Bacquet, *des Droits de justice*, n° 42, chap. XV ; de Renusson, part. II, chap. III, n° 42, 43, 44 ; de Rousseaud de Lacombe, v° *Hyp.*

même où elles acceptent la communauté, elle veut qu'au moyen d'un bon et fidèle inventaire, et du compte par elles rendu tant du contenu en cet inventaire que de ce qui leur est échu par le partage, elles ne puissent être tenues des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de leur émolument: c'est la disposition textuelle de l'article 1483 du code civil. Elles n'ont donc rien à redouter pour leurs propres de l'action des créanciers.

"2° En admettant que tel soit le but unique de cette fiction, la femme, par une conséquence nécessaire, ne peut être repoussée de son action hypothécaire par l'exception *quem de evictione*, etc.; car ce serait prétendre, en d'autres termes, qu'elle est passible d'une action en garantie pour raison des ventes de conquêts que son mari a consenties durant le mariage; c'est vouloir qu'elle soit à la fois tenue et affranchie des dettes. N'est-ce pas rendre en effet cette fiction ou cette faveur inefficace et mensongère, que de paralyser l'action de la femme sur les conquêts, pour se remplir de ses droits et de ses créances? Ces créances et droits seraient-ils moins perdus par suite de l'inconduite et des désordres du mari, et n'est-ce pas la faire participer aux dettes de la communauté, malgré sa renonciation, que de consacrer les dilapidations ou les dissipations de son mari, et de la placer dans l'impossibilité de sortir indemne?

"3° Le mari n'apporte souvent pour toute fortune en mariage que ses talents, son industrie ou l'espérance d'en acquérir une par son travail: la femme, au contraire, pleine de confiance dans les ressources personnelles de son mari, ne craint pas d'échanger une fortune considérable et présente contre des espérances qu'elle croit fondées. Elle ne mesure pas toujours l'étendue de sa dot et la nature de ses conventions matrimoniales sur la fortune pécuniaire de son mari. Quelle garantie aura-t-elle donc un jour pour le recouvrement de ses droits, s'il ne lui est pas permis d'exercer ses répétitions sur les conquêts de la communauté, seule fortune du mari? Faudra-t-il qu'elle exige d'avance un cautionnement pour sûreté de la restitution de sa dot, que des obstacles impossibles à lever la placent dans l'alternative de ne point contracter mariage ou de n'avoir aucune garantie pour sa dot? La liberté du choix et la sainteté du mariage qui doit être encouragé seraient compromises dans un cas; la sûreté des dots, objet de tout temps si majeur, ne le serait pas moins dans l'autre; de sorte que les principes de morale et d'ordre public résistent nécessairement à un tel système.

"4° Enfin, la loi accorde une hypothèque générale à la femme sur les biens qui appartiennent à son mari et sur ceux qui lui appartiendront par la suite, et en fixe la date, sauf quelques exceptions, à la célébration

du mariage, sans faire aucune distinction entre les espèces de biens qui forment la propriété du mari ; et l'on sait que les biens de la communauté sont la propriété du mari. La loi soumet (article 1478) aussi indistinctement la part de la communauté échue au mari, et par conséquent tous les conquêts en cas de renonciation (article 1495), ou ses biens personnels à l'exercice de la créance de la femme. La loi, qui accorde partout une protection spéciale à la femme, privera-t-elle donc cette créance qui doit, quelle qu'en soit la cause, s'exercer indistinctement sur les biens présents et futurs, sur les conquêts ou les biens personnels du mari, du secours et de la priorité de l'hypothèque légale, surtout quand ses expressions sont générales, et qu'elle n'en fait pas une exception taxative au droit commun qu'elle a établi ? L'exercice des droits de la femme sur ces conquêts ne serait-il pas, sans la priorité de l'hypothèque, entièrement inefficace, puisque le mari aurait pu les hypothéquer et en frustrer d'avance sa femme ? Certes on donnerait au mandat fictif dont on veut supposer le mari investi de la part de sa femme durant le mariage une étendue bien funeste pour elle, si la loi n'en tempérait les effets et n'offrait à la femme, durant la communauté, l'hypothèque légale comme contre-poids de cette puissance de droit dont est investi le mari, puissance qui est bien plutôt une et exclusive que fondée sur une procuration fictive de la femme.

" En effet, si nous recourons à une autorité grave en cette matière, à Pothier dans son *Traité de la Communauté,* nous y verrons que la femme n'est censée contracter avec son mari, durant la communauté, qu'autant qu'elle accepte la communauté ; et que, si elle y renonce, elle n'est pas censée s'être engagée avec lui, pas même en qualité de commune. Pothier s'exprime en ces termes, part. II, art. 3 : " Le droit de la femme " sur les biens de la communauté n'est, pendant qu'elle dure, qu'un droit " informe, puisque non-seulement elle ne peut seule et d'elle-même dispo- " ser en rien de la part qu'elle y a, mais c'est son mari qui, en sa qualité " de chef de la communauté, a seul, tant qu'elle dure, *le droit de disposer,* " *comme de sa propre chose,* de tous les effets qui la composent, tant pour " la part de la femme que pour la sienne.

" Le droit de la femme se réduit donc, tant que la communauté dure, " *à une simple espérance* de partager les biens qui se trouveront la com- " poser lors de sa dissolution ; *ce n'est que par cette dissolution que le* " *droit de la femme est ouvert, et qu'il devient un droit véritable et effec-* " *tif de propriété pour moitié de tous les biens qui se trouvent alors la* " *composer.*"

" La femme ne peut donc point être assimilé à l'associé qui est présumé avoir donné à son coassocié et reçu de lui pouvoir pour administrer.

Le mari a de son chef le droit suprême de disposer de la communauté pendant qu'elle dure; et, si la femme a quelque droit sur cette communauté, il ne s'ouvre qu'à sa dissolution. Jusque-là, elle n'a qu'une simple espérance.

" Aussi la femme n'est-elle censée avoir contracté comme commune, quand son mari contracte, qu'autant qu'elle accepte la communauté: si elle y renonce, elle n'est pas même censée avoir contracté comme commune; et, par suite, aucune exception ne lui peut être opposé de la part du créancier.

" Lorsque le mari dispose et contracte seul des biens de la commu-
" nauté, dit Pothier, comme c'est en sa qualité de chef de la commu-
" nauté qu'il est censé contracter, il est en conséquence censé contracter
" tant pour lui que pour sa femme, etc. Mais elle n'est censé contracter
" qu'en sa seule qualité de commune *et non en son propre nom;* c'est
" pourquoi en renonçant à la communauté, elle peut se décharger de
" toutes les obligations qui résultent du contrat, même vis-à-vis celui
" avec qui son mari a contracté." Ce n'est donc point en vertu d'un mandat tacite de la femme que le mari contracte des biens de la communauté, puisque celui qui donne un mandat est censé s'engager en son propre nom par son mandataire. La fiction que la femme n'a jamais été commune serait donc inutile pour la garantir d'une obligation qu'elle n'a pas personnellement contractée. La femme qui, jusqu'à la dissolution de la communauté, n'a point eu de droit formé, mais une simple espérance, est libre de se revêtir alors ou non de la qualité de commune. Si elle ne se revêt point de cette qualité, nou-seulement elle ne s'est jamais engagée en son propre nom par l'intermédiaire de son mari, mais elle n'est pas même censée avoir contracté comme commune: ou, ce qui revient au même, elle n'a jamais été commune dans le sens absolu de cette expression.

" Ce qui le démontre complétement, c'est un autre passage du même auteur, part. V, art. 4, § 1: " *Une femme qui a accepté la communauté*
" *étant censée avoir fait, en sa qualité de commune, tout ce que son mari*
" *a fait durant la communauté en sa qualité de chef de la communauté*
" (il résulte clairement de ces expressiens que la femme n'est censée
" n'avoir fait, en qualité de commune, ce qu'a fait son mari qu'autant
" qu'elle a accepté la communauté), le mari ayant, durant la commu-
" nauté, en sa qualité de chef de la communauté, hypothéqué à ses
" créanciers tous les conquêts de la communauté, sa femme est censée,
" en sa qualité de commune, les avoir elle-même hypothéqués pour la
" part qu'elle y aurait par le partage...... " D'où il suit évidemment qu'elle n'est point censée les avoir hypothéqués si elle n'a pas accepté

la communauté ; qu'elle n'est point censée avoir donné aucun mandat à cet effet ; que la fiction du mandat, ne pouvant exister durant la communauté, ne peut être repoussée par l'action *eum quem de evictione*, etc.

" Enfin Pothier, part. V, art. 4, § 2, en traitant de l'action hypothécaire qui peut être donnée contre la femme, *comme détentrice de conquêts de la communauté*, s'exprime en ces termes : " Le demandeur doit faire " raison à la femme non-seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont " l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur ; *il doit pareille-" ment lui faire raison de ce qu'elle s'est payé à elle-même pour ses " créances contre la communauté, pour lesquelles elle a hypothèque du " jour de son contrat de mariage, antérieur à celle du demandeur.* Il résulte clairement de ces expressions que la femme n'est point censée avoir hypothéqué les conquêts de concert avec son mari au préjudice de son hypothèque."

" Ce n'est donc que lorsque la femme aura expressément et solidairement avec son mari concouru à la vente des conquêts durant la communauté, qu'elle sera exclue de son action hypothécaire sur le conquêt. Déjà un arrêt de la cour de cassation, du 16 fructidor, an XII (Sirey, XVI, 1, 17), a condamné le système que nous venons de combattre ; et deux arrêts plus récents de la cour royale de Paris, des 11 mars 1813 et 27 juillet 1816, ont décidé que, lorsque la femme ayant hypothèque légale sur les conquêts de la communauté s'est obligée solidairement avec son mari, elle est par cela même réputée avoir renoncé, au profit des créanciers de son mari, à la priorité qui pouvait lui appartenir en vertu de son hypothèque légale.

Depuis, deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 3 novembre 1818, rapporté par Denevers, an 1819, p. 625, et l'autre du 9 novembre de la même année, ont formellement consacré l'opinion que je viens d'émettre."

2069. Cette exception de garantie a également lieu si le poursuivant se trouve lui-même détenteur d'un autre immeuble affecté, envers le tiers-détenteur poursuivi, à la garantie de l'hypothèque réclamée ; le poursuivant

2069. This exception of warranty is equally available if the prosecuting creditor be himself the holder of another immoveable bound for the warranty of the defendant against the hypothec sued upon ; the creditor in

ne peut en ce cas être maintenu dans son action qu'en délaissant lui-même préalablement l'héritage qu'il détient ainsi.

such case cannot maintain his action unless he previously surrenders the property which he thus holds.

Voy. autorités sur art. 2068.

§. 3. *De l'exception de subrogation* (cedendarum actionum.

2070. Le tiers-détenteur poursuivi a droit de demander d'être subrogé aux droits et actions du créancier poursuivant contre tous autres qui pouvaient être tenus au paiement,soit personnellement ou hypothécairement.

§. 3. *Of the exception of subrogation* (cedendarum actionum.

2070. The holder who is sued has a right to be subrogated in the rights and claims of the prosecuting creditor against all other persons liable for the payment whether personnally or hypothecarily.

Voy. *C. C. B. C.*, art. 1156, et *Pont*, cité sur art. 2062.

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n*° 101 *et s.* } 101. Le tiers détenteur en payant le créancier qui a donné l'action hypothécaire contre lui, a droit de se faire subroger à tous les droits, actions et hypothèques de ce créancier (1).

(1) On peut soutenir que le tiers détenteur est tenu *pour d'autres, qu'il a intérêt d'acquitter la dette,* et en conséquence lui accorder la subrogation légale en vertu du § 3° de l'art. 1251, C. civ. V. aussi 874, C. civ. (BUGNET).

Il peut les exercer, non-seulement contre le débiteur et autres personnellement obligés, mais aussi contre les autres détenteurs d'héritages pareillement hypothéqués à la dette qu'il a payée.

Il ne peut pas néanmoins les exercer solidairement contre ces tiers détenteurs, car il se ferait un circuit d'action ; le détenteur qui paierait le total de la dette à ce premier cessionnaire des actions du créancier, devrait à son tour être subrogé aux actions et hypothèques du créancier, et en vertu de la subrogation, il exercerait les mêmes actions contre le détenteur à qui il a payé la dette que ce détenteur a exercées contre lui, et lui ferait rendre ce qu'il a reçu de lui.

102. Pour éviter cet inconvénient, le tiers détenteur qui a payé le créancier et s'est fait céder ses actions, ne doit pas agir solidairement contre les autres détenteurs, mais les faire contribuer avec lui à la dette qu'il a payée, au *prorata* de ce que chacun possède d'héritages hypothéqués à cette dette (1).

103. Il ne peut y avoir lieu à cette contribution lorsque le détenteur qui a payé le créancier et les détenteurs des autres héritages, les ont acquis du même vendeur ; car, en ce cas, ou le détenteur qui a payé le créancier a acquis avant les autres, ou depuis : s'il a acquis depuis, son héritage étant hypothéqué à la garantie des héritages acquis par les précédents acquéreurs, il ne peut exercer aucun recours contre eux, parce que, comme possesseur d'un héritage hypothéqué à la garantie des leurs, il est tenu hypothécairement de faire cesser sa propre demande qu'il donnerait contre eux. S'il a acquis au contraire avant eux, les héritages des autres détenteurs se trouvant hypothéqués à la garantie du sien, il a

(1) Aucun article du Code n'accorde positivement la subrogation contre les autres détenteurs d'immeubles également hypothéqués à la même dette, et cette contribution admise par Pothier peut paraître équitable, mais est-elle fondée en droit ? Notre auteur la restreint notablement, puisqu'elle n'aurait lieu, selon lui, que dans le cas où ces divers détenteurs auraient acheté de différents vendeurs. (BUGNET).

de son chef, contre eux, une action hypothécaire pour être acquittée en total de celle qui a été donnée contre lui par le créancier du vendeur, et il n'a pas, par conséquent, besoin de la subrogation aux actions de ce créancier, pour les faire contribuer à la dette de ce créancier qu'il a acquittée (1).

104. Le cas de la contribution entre le détenteur qui a payé le créancier, et les détenteurs des autres héritages hypothéqués à la même dette, est lorsque ces détenteurs ont acquis de différents vendeurs.

Finge : Un débiteur qui possédait quatre héritages hypothéqués à Pierre, a laissé quatre héritiers, Mathieu, Marc, Luc et Jean, qui ont chacun un de ces héritages dans leur lot de partage. Chacun de ces héritiers a vendu l'héritage qui lui était échu, à quatre différents particuliers. Dans cette espèce, si celui qui a acquis de Mathieu, est assigné par le créancier en action hypothécaire, après avoir payé, il agira en recours contre ceux qui ont acquis de Marc, Luc et Jean. C'est le cas de la contribution.

Quid, si le créancier qui a donné l'action hypothécaire contre le détenteur qui a acquis de Mathieu, avait acquis lui-même un héritage hypothéqué à sa créance, de l'un des autres héritiers, le détenteur assigné pourrait-il opposer, par exception, que ce créancier, comme détenteur, lui-même de l'un des héritages hypothéqués à sa dette, y doit contribuer et en doit faire sur lui confusion d'une partie au *prorata* de ce qu'il possède ?

La raison de douter est que ce créancier pourrait alléguer pour s'en défendre, que cet héritage n'est plus hypothéqué à sa dette, ayant cessé de l'être lorsqu'il en est devenu propriétaire, *cùm res sua nemini pignori esse possit.*

(1) Il serait difficile, pour ne pas dire impossible, de soutenir aujourd'hui que le premier acheteur a, de son chef, une action hypothécaire contre les acquéreurs subséquents, pour assurer la garantie qui lui est due par le vendeur, à moins qu'il n'y ait eu pour cet objet, lors de la première vente, une stipulation expresse d'hypothèque. En conséquence, tout le raisonnement de Pothier devient inapplicable. (BUGNET).

Nonobstant cette raison, Dumoulin et Loyseau décident que le créancier doit faire confusion d'une partie de sa dette, au *prorata* de cet héritage qu'il possède, parce qu'en l'acquérant, il s'est mis, par son fait, hors d'état de céder au défendeur son hypothèque qu'il était tenu de lui céder sur cet héritage ; c'est pourquoi, comme il ne peut, par son fait, préjudicier au défendeur, il doit confondre sur lui la même proportion de sa dette pour laquelle le défendeur aurait pu avoir recours si cette hypothèque eût subsisté ; l'exception que le défendeur a pour cet effet contre le créancier, s'appelle exception *cedendarum actionum*, parce qu'elle a pour fondement la cession du droit qu'il avait d'exiger de l'hypothèque sur cet héritage acquis par le créancier, que le créancier a éteint en acquérant, et qu'il ne peut plus céder.

105. Cette exception *cedendarum actionum* qui milite contre le créancier demandeur en action hypothécaire, n'a lieu que lorsque le créancier a acquis l'héritage hypothéqué à sa dette, depuis que le défendeur a acquis le sien. Si le créancier l'avait acquis auparavant, l'hypothèque sur l'héritage acquis par le créancier ayant été éteinte avant que le défendeur eût acquis le sien, le défendeur n'aurait jamais eu de recours à espérer sur l'héritage acquis par le créancier, et par conséquent il ne pourrait lui imputer qu'il en avait éteint l'hypothèque en l'acquérant (1).

---

* 2 *Troplong, Priv. et Hyp.*, *n°* 807. } La cinquième exception est l'exception *cedendarum actionum.*

Le tiers détenteur, dit Pothier (2), qui a acquitté la dette par l'effet de la poursuite hypothécaire, a droit de reconqué-

(1) Toutes ces distinctions sont plus subtiles que solides : ne peut-on pas d'ailleurs dire aujourd'hui que tous ces divers acheteurs sont en faute de n'avoir pas rempli les formalités pour parvenir à purger l'immeuble. (Bugnet).

(2) Orl., t. XX, n. 42.

rir, en payant, la subrogation à tous les droits, actions, hypothèques et priviléges du créancier (1).

On voit que cette exception ne pouvait, même d'après Pothier, arrêter la vente par expropriation forcée. C'était un moyen pour le créancier *qui voulait payer* de se ménager un recours contre les autres tiers détenteurs. Mais, une fois la poursuite en expropriation entamée, l'exception *cedendarum actionum* ne pouvait la paralyser, à moins qu'il n'y eût payement.

Aujourd'hui, le tiers détenteur n'a pas même besoin de demander la cession d'actions. Elle a lieu de plein droit, d'après l'article 1251 du code civil, au profit du tiers détenteur qui paye les créanciers hypothécaires. Ainsi l'on doit dire à plus forte raison que l'exception *cedendarum actionum* n'est d'aucune efficacité contre la poursuite en saisie immobilière.

Il pourrait arriver cependant que le créancier poursuivant fût lui-même détenteur de choses hypothéquées à sa dette; alors le détenteur d'autres héritages qu'il poursuit en expropriation forcée peut exiger que le créancier fasse confusion de sa dette, au prorata de ce qu'il possède d'héritages hypothéqués et qu'il a acquis postérieurement à l'acquisition du défendeur (2).

Mais de ce que le créancier devrait diminuer sa créance, il ne s'ensuit pas que la poursuite en expropriation puisse être arrêtée. La poursuite n'est pas nulle pour avoir été commencée pour une somme plus forte que celle qui est due au créancier (article 2216 du code civil).

Seulement, lors de la sommation de délaisser ou de payer, le tiers détenteur pourrait objecter que le créancier doit faire une défalcation sur son dû, et faire des offres réelles, si le créancier opposait quelque résistance.

(1) Voy. *suprà*, n. 789 2° et suiv.

(2) *Suprà*, n. 789 3°. Pothier, Orl., t. XX, n. 43.

2071. Si le poursuivant ou ses auteurs ont éteint quelque droit ou recours que le tiers-détenteur aurait autrement pu exercer pour s'indemniser de la condamnation demandée contre lui, ou se sont, par leur fait, mis hors d'état de le céder au tiers-détenteur, l'action ne peut être maintenue pour ce regard.

2071. If the prosecuting creditor or those from whom he derives his claim, have destroyed any right or recourse which the holder might otherwise have exercised in order to be indemnified against the condemnation sought for, or have by their own act become unable to transfer the same to him, the action in so far cannot be maintained.

Voy. *Pont*, cité sur art. 2062, *note* citant Loyseau, Dumoulin—et *Pothier*, cité sur art. 2070.

§. 4. *De l'exception résultant des impenses.*

§. 4. *Of the exception resulting from expenditures.*

2072. Le tiers-détenteur, sur action hypothécaire, peut encore demander que le délaissement ne soit ordonné qu'à la charge de son privilége d'être payé des impenses faites sur l'immeuble tant par lui-même que par ses auteurs non tenus personnellement au paiement de la dette hypothécaire, et

2072. The holder against whom the hypothecary action is brought may also demand that the surrender which he may be ordered to make, be subject to his privilege of being paid what has been expended upon the immoveable, either by himself or by such of the persons from whom he derives his

ce suivant les règles contenues au titre *De la Propriété,* avec intérêt du jour de leur liquidation.

claim as are not personnally bound to the payment of the hypothecary debt, the whole in conformity with the rules contained in the title *Of Ownership*, and with interest from the day when such expenditures were liquidated.

Voy. *C. N.* 2175, cité sur art. 2055.

---

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hyp.*, *n*o 90 *et s.* } 90. Le tiers détenteur peut opposer par exception contre l'action hypothécaire ; qu'il a fait des impenses nécessaires à l'héritage hypothéqué, et qu'il ne peut être contraint à le délaisser qu'il ne soit remboursé desdites impenses, ou du moins que le créancier ne lui donne caution de faire monter l'héritage à si haut prix, qu'il en soit remboursé sur le prix.

Cette exception est fondée sur cette règle de l'équité naturelle, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.* Le détenteur ayant conservé le gage par les impenses nécessaires qu'il a faites, le créancier n'en doit pas profiter aux dépens de ce détenteur, et doit par conséquent les lui rembourser.

91. Nous ne comprenons point dans ces impenses nécessaires, les impenses de simple entretien ; le tiers détenteur ayant joui et perçu les fruits de l'héritage, n'a pas de répétition de ces impenses, qui sont une charge des fruits qu'il a perçus ; il ne serait pas même recevable à les demander en offrant de compter des fruits, s'il prétendait qu'elles excédassent les fruits ; car, comme ces impenses sont faites pour les fruits dont il aurait eu le bénéfice s'ils eussent excédé les

impenses, la charge de ces impenses doit le regarder, n'ayant été faites que *propter ipsius negotium et non propter negotium creditoris hypothecarii*, à qui il ne devait point compte des fruits. C'est de ces impenses qu'il est parlé en la loi 40, § 1, ff. *de Damno inf.* suivant le sentiment de Cujas et de Loyseau (liv. 6, ch. 6, n° 2).

92. Suivant les principes du droit romain, le détenteur n'était point obligé à délaisser l'héritage, qu'on ne lui en eût au préalable remboursé, non-seulement les impenses nécessaires, mais même les utiles ; avec cette seule différence entre les *nécessaires* et les *utiles*, que ces dernières ne lui devaient être remboursées que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouvait plus précieux. C'est la décision de la loi 29, § 2, ff. *de Pign. et hypoth.*

93. Suivant notre droit, le détenteur doit aussi être remboursé des impenses nécessaires, et même des impenses utiles, eu égard à ce que lesdites impenses utiles ont rendu l'héritage plus précieux, c'est-à-dire, eu égard à ce qu'il sera vendu de plus; autrement le créancier profiterait aux dépens de ce détenteur, ce que l'équité naturelle ne permet pas ; mais Loyseau prétend (liv. 6, ch. 9, n° 12 et 13) que la loi 29, qui accorde à ce débiteur le droit de retenir l'héritage jusqu'à ce remboursement, ne doit point être suivie dans notre droit, et qu'on doit seulement lui accorder le droit d'être payé, à l'ordre, des impenses *nécessaires*, par privilége sur tout le prix, et des *utiles*, par privilége sur la plus-value du prix par rapport auxdites impenses. La raison de différence entre le droit romain et le nôtre, est que, par le droit romain, un créancier n'avait pas droit de vendre le gage avant qu'il eût satisfait les créanciers antérieurs ou plus privilégiés que lui ; mais, suivant notre droit, le dernier créancier pouvant vendre le gage, ce détenteur, quoique privilégié pour ses impenses, ne peut se dispenser de délaisser au créancier l'héritage pour être vendu, sauf à ce détenteur à exercer, à l'ordre, son privilége sur le prix, pour les impenses qui lui sont dues.

94. **Néanmoins**, comme il ne serait pas juste que ce détenteur perdit ses impenses, si les frais du décret absorbaient le prix de l'héritage, je pense que, si le demandeur n'est pas condamné à lui rendre préalablement le prix de ses impenses, au moins il doit être condamné à lui donner caution que l'héritage montera à si haut prix qu'il en sera payé, sans encourir les risques d'aucuns frais de saisie et de criées (1).

Comme la saisie réelle peut durer fort longtemps, il est juste aussi que le détenteur soit payé à l'ordre, non-seulement du prix principal de ses impenses, mais des intérêts.

Le détenteur doit, à cet effet, demander, dès avant le délais, l'estimation desdites impenses par experts nommés tant par le demandeur que par lui.

95. Si les impenses utiles étaient de nature à pouvoir s'enlever, et que le détenteur, pour éviter la discussion de leur liquidation, voulût les enlever, on ne pourrait le lui refuser.

A l'égard des impenses *voluptuaires*, le détenteur n'en peut demander le remboursement; mais on ne peut lui refuser la faculté de les enlever, si cela se peut sans détérioration.

---

* 11 *Pont, sur art.* 2175 *C. N.* } 1205. Passons maintenant à la seconde partie de notre règle. Le législateur s'occupe ici des améliorations faites par le tiers détenteur à l'immeuble dont il est évincé. Dans les termes de l'art. 2133, ces améliorations, quoiqu'elles procèdent d'un tiers possesseur, accroissent à l'hypothèque acquise comme si elles étaient le fait du débiteur lui-même (*suprà*, n° 409). Mais, par un sentiment d'équité, le législateur, qui ne veut pas que le tiers détenteur puisse nuire aux créanciers en dépréciant leur gage pendant qu'il le détient, n'entend pas, d'un autre côté, que les créanciers profitent gratuitement des améliorations qu'il a pu faire à l'immeuble hypothéqué. En conséquence, après avoir posé le principe de l'indemnité à raison

(1) Le Code ne soumet point le créancier à donner une telle garantie au tiers détenteur. (BUGNET).

des détériorations, il réserve au tiers détenteur, par une juste réciprocité, la répétition de ses impenses et améliorations. Mais dans quelle mesure ce droit est-il réservé, et quelle en est la nature ? Ce sont les deux points à préciser.

1206. Le principe qu'il y avait à mettre en œuvre, et auquel il convenait de donner satisfaction, est celui qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui. La question était donc, non pas de rendre au tiers détenteur tout ce qu'il a pu dépenser pour améliorer l'immeuble dont il est évincé, mais de ne pas permettre aux créanciers de faire un bénéfice avec son argent. Aussi, dans les termes de l'art. 2175, les impenses ne peuvent être répétées *que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.* En effet, quelle que soit la somme dépensée par le tiers détenteur, les créanciers ne s'enrichissent, en réalité, que de la plus-value ; il suffit donc de faire abandonner la plus-value (1), soit au tiers détenteur lui-même, soit aux ouvriers qui l'auraient produite s'ils y avaient un privilége dûment conservé (2).

La règle, d'ailleurs, est générale ; et, à notre avis, elle ne comporte pas la distinction entre les dépenses *nécessaires*, *utiles* ou *voluptuaires*, dont la jurisprudence et quelques auteurs se sont autorisés pour dire que les dépenses *nécessaires* peuvent être répétées en totalité (3). L'article 2175 est tout à fait étranger à cette distinction ; il parle d'une manière générale des impenses et des réparations, et, sans s'occuper en aucune manière de savoir si elles sont nécessaires ou simplement utiles, il les soumet toutes à cette règle que la répétition est réduite au montant de la plus-value (4). En

(1) Voy. Douai, 29 août 1842 (S.-V., 43, 2, 416).

(2) Voy. Paris, 4 mars 1858 (*J. Pal.*, 1858, p. 750). Voy. aussi Req., 14 avr. 1852 (*J. Pal.*, 1852, t. II, p. 31 ; S.-V. 52, 1, 441 ; Dall., 52, 1, 164).

(3) Voy. Req., 11 nov. 1824.—Voy. aussi MM. Delvincourt (t. III, note 11 de la page 180) ; Dalloz *Rév.*, v. Priv. et Hyp., p. 353, n. 5.

(4) Voy., en ce sens, MM. Grenier (t. II, n. 411) ; Battur t. III, n. 490) ; Zachariæ (t. II, p. 210, note 27) ; Troplong (n. 838 *bis*) ; Martou (n. 1320).

toute hypothèse donc, et quelles qu'aient été les dépenses, la plus-value seulement pourra être répétée.

Mais comment cette plus-value sera-t-elle dégagée ? La valeur de l'immeuble délaissé sera déterminée d'après le prix auquel il se serait élevé s'il eût été vendu dans son état primitif, et l'excédant de valeur qu'il se trouvera avoir acquis au moment de l'adjudication constituera la plus-value à répéter par le tiers détenteur évincé (1).

1207. Notons, au surplus, que, d'après la formule même de l'article 2175, la plus-value donnée à l'immeuble constitue le maximun des répétitions à exercer par le tiers détenteur : la loi dit, en effet, que les impenses et améliorations *ne pourront* être répétées *que* jusqu'à concurrence de la plus-value, Il résulte de là que si la répétition ne peut en aucun cas excéder le montant de la plus-value, cela ne veut pas dire qu'elle ne puisse pas quelquefois et même qu'elle ne doive pas être réduite à une somme moindre : il en sera ainsi, au contraire, toutes les fois que le montant de la plus-value sera supérieur au chiffre de la dépense. Ainsi, quand la plus-value est de 10 000 francs, par exemple, il se trouve que la dépense n'a été que de 5 000 : cette dernière somme pourra seule être répétée (2). Et en ceci la raison d'équité est encore satisfaite, puisque d'une part le tiers détenteur reçoit réellement ce qu'il a déboursé, et que d'une autre part, si les créanciers font un bénéfice, ce n'est pas du moins aux dépens et avec l'argent de ce dernier.

(1) Rej., 28 nov. 1838 (*J. Pal.*, 1838 (t. II, p. 655, Dall., 39, 1, 130; S.-V., 38, 1, 951). Voy. cependant un arrêt de la Cour de Pau, du 24 févr. 1817, duquel il résulte que la plus-value serait la différence existant entre le prix porté au contrat du tiers acquéreur et le prix produit par la revente sur expropriation. L'arrêt est rapporté par les Recueils avec l'arrêt de rejet du 29 juill. 1819. Voy. aussi Req., 24 nov. 1868 (S.-V., 69, 1, 177; *J. Pal.*, 1869, p. 429).

(2) Voy. Grenoble, 31 déc. 1841 (*J. Pal.*, 1842, t. II, p, 543 ; S.-V., 42, 2, 256 ; Dall., 42, 2, 186). Voy. aussi MM. Persil (art. 2175) ; Troplong (n. 838) ; Martou (n. 1321).—Voy. cependant Toulouse, 7 mars 1848 (*J. Pal.*, 1848, t. I, p. 670 ; S.-V., 48, 2, 619 ; Dall., 48, 2, 69).

1208. Maintenant, quelle est la nature du droit réservé au tiers détenteur ? Les opinions sont fort divergentes sur ce point. Selon quelques auteurs, il s'agirait ici d'un droit de rétention qui permettrait au tiers détenteur de conserver l'immeuble jusqu'à ce qu'il fût payé soit de la plus-value, soit de ces dépenses (1). D'autres disent que le tiers-détenteur n'a pas ce droit de rétention que la loi ne consacre pas et qui, dans le cas particulier, paralyserait l'action hypothécaire au préjudice de tous, même à son préjudice ; mais qu'il a un privilége analogue à celui du créancier qui a fait des frais pour la conservation de la chose, ou à celui des architectes ou entrepreneurs (2). D'autres enfin, écartant le privilége aussi bien que le droit de rétention en ce que, en principe, les droits de privilége ni de rétention ne sauraient être etablis par analogie, enseignent, soit que le tiers détenteur a un simple droit de créance (3), soit qu'il a une sorte d'action *de in rem verso* qu'il peut exercer dans l'ordre par voie de distraction de la partie du prix correspondante à la plus-value ou au montant de ses dépenses (4). Mais cette dernière solution prévaut en doctrine et en jurisprudence ;

(1) Voy. MM. Tarrible (*Rép.*, v. Priv., sect. 4, n. 5) ; Battur (t. III, n. 491 et suiv.). On trouve un argument en ce sens dans deux arrêts, l'un de la Cour de Pau du 9 août 1837, l'autre de la Cour de Douai du 18, mars 1840 (*J. Pal.*, 1838, t. II, p. 303 ; 1840, t. I, p. 620) ; S.-V., 38, 2, 350 ; 40, 2, 289 ; Dall., 38, 2, 183).

(2) Voy. MM. Persil (art. 2175, n. 6) ; Grenier (t. II, n. 336) ; Troplong (t. III, n. 836) ; Coulon (*Quest. de droit*, t. II, p. 159).

(3) Voy. M. Mourlon (*Exam. crit. du Comment. de M. Troplong*, p. 751 et suiv.).

(4) Voy. Turin, 1er juin 1810 ; Bastia, 2 févr. 1846 ; Bourges, 8 févr. 1851 (S.-V., 48, 2, 10 ; Dall., 46, 2, 109 ; *J. Pal.*, 1846, t. II, p. 391 ; 1851, t. I, p. 471). Voy. aussi MM. Duranton t. XX, n. 272) ; Zachariæ (t. II, p. 210, note 27) ; Taulier (t. VII, p. 387) ; Dalloz (v. Priv. et Hyp., p. 352. n. 2 et suiv.) ; Martou (n. 1322) ; F. Berriat Saint-Prix (*Not. théor.*, n. 8841). C'est aussi l'opinion qui avait été émise d'abord par M. Mourlon (*Rép. écrit.*, t. III, p. 521, 522) ; mais il l'a modifiée plus tard, comme on le voit par la note précédente.

et il s'y faut arrêter, car, sans ajouter aux droits créés par la loi, elle rentre parfaitement dans la vérité des choses. En définitive, la plus-value ou le montant des dépenses n'est pas le gage des créanciers ; celui d'entre eux qui trouverait la somme dans sa collocation serait donc tenu de la rendre : dès lors c'est aller au plus court et simplifier la situation qu'autoriser le tiers détenteur, à qui elle revient, à la prendre par voie de prélèvement ou de distraction.

---

* 2 *Troplong, Priv. et Hyp.. sur art.* 2175 *C. N., n°* 835 *et s.* } 835. Voyons ce qui concerne les améliorations faites par le tiers détenteur.

D'abord la loi ne donne une indemnité au tiers détenteur que pour les améliorations qui proviennent de son fait ; car les améliorations naturelles, telles qu'alluvion, etc., tournent au profit du créancier hypothécaire, et ne donnent lieu à aucune répétition en faveur du tiers détenteur (1).

835 2° (2).

(1) Loyseau, liv. VI. chap. VIII, n. 1. L. 29, § 1. D., *de pignor.* Add. Op. conf. de Cotelle, n. 219.

(2) Add. Quid *du trésor ?*—Cotelle prévoit la difficulté, n. 219, où il dit : " On ne peut faire une véritable question de celle de savoir si la découverte d'un trésor est dans les augmentations qui font partie du délaissement, ou doivent y être comprises.

" J'ai observé, en traitant des accessoires que l'hypothèque comprend, que le trésor, pour la portion qui en revient au propriétaire du fonds, lui revient bien *jure accessionis* ; mais que, c'est plutôt un gain de la personne qu'un accroissement du fonds. L'hypothèque ne porte pas sur ce gain éventuel : c'est ce que j'ai expliqué sur le titre *de la Communauté* en montrant le vice de l'opinion contraire de Pothier, qui l'a assimilé à l'alluvion. Ce principe certain que le trésor ne fait pas partie du fonds, mais est un gain du propriétaire, fait de même décider, comme je l'ai expliqué au *Contrat de vente*, que l'acquéreur à faculté de réméré n'est pas obligé de le remettre en rendant l'héritage par l'exercice du réméré.

" Il suit de là que si le trésor a été trouvé avant la sommation de payer, il est acquis au tiers détenteur, comme tous les fruits, puisque le délaissant ne doit la restitution que de ceux recueillis depuis. Jusque-là

836. Quant aux améliorations qui sont le fait même du tiers détenteur, comme constructions, plantations, etc., il est certain qu'en droit, l'hypothèque les affecte; car nous avons vu, par l'article 2133, que l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, et il n'importe que ces améliorations soient faites par le débiteur ou par un tiers détenteur. Il ne faut pas hésiter à dire que celles-là même qui proviennent du fait du tiers détenteur sont saisies par l'hypothèque et susceptibles du droit de suite (1). Seulement l'équité a voulu que le tiers détenteur fût indemnisé de ses dépenses jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur que la chose en a reçue, *quatenùs res pretiosior facta est* (2); car les créanciers, qui le dépossèdent, ne doivent pas s'enrichir à ses dépens.

Mais un point plus difficile est de savoir si le tiers détenteur a le droit de rétention sur l'immeuble, et s'il peut s'opposer à la saisie jusqu'à ce qu'il ait été payé de la valeur de ces améliorations.

Si la question devait être jugée par les lois romaines, elle ne serait pas longtemps douteuse. La loi 29 § 2, D., *de pignorib. et hypoth.*, décide formellement que le tiers détenteur assigné en action hypothécaire, qui a fait des impenses sur l'immeuble, a droit de le retenir jusqu'à ce qu'il ait été remboursé. J'ai cité ailleurs d'autres lois qui décident la même chose (3). J'y ai joint l'autorité de Voet et de Favre (4), qui ont écrit sous l'influence du droit romain.

il profite de tous les émoluments que la propriété donne, même qu'attribue le titre de propriétaire, pourvu que le fonds n'en soit diminué, ni altéré. Ainsi, lorsque le trésor a été trouvé depuis la sommation, il n'est pas douteux qu'il doit être compris dans le délaissement, de même que les fruits et émoluments dont le tiers qui délaisse rend compte. Le trésor est proprement dans les émoluments de la chose."

(1) Loyseau, liv. VI, ch. VIII, n. 2.

(2) Loi précitée, § 2.

(3) N. 260.

(4) *Code*, déf. 19, liv. VIII, tit. VI.

Mais Loyseau enseignait (1) que ces lois ne pouvaient se garder en France. En effet, dans le droit romain, un créancier postérieur n'avait pas le droit de vendre la chose, avant d'avoir payé le créancier qui lui était préférable. Or celui qui avait bâti l'édifice (2) étant le plus privilégié, il s'ensuivait que les créanciers hypothécaires ne pouvaient faire vendre qu'après lui avoir payé ses améliorations. Mais, en France, il n'en était pas ainsi : tout créancier avait droit de saisie. Le plus privilégié n'avait d'autre avantage que de se faire colloquer préférablement. De là, Loyseau concluait que le tiers détenteur privilégié pour ses impenses n'avait pas le droit de rétention, qu'il pouvait être contraint à délaisser, même avant que le prix de ses impenses lui eût été remboursé, sauf à lui, après que l'héritage aurait été vendu, à se faire colloquer à l'ordre par privilége. C'était aussi l'opinion de Pothier (3), qui, après avoir cité Loyseau, s'étaye des mêmes raisons que lui ; mais Basnage pensait que le tiers détenteur pouvait user du droit de rétention (4). Je dois dire cependant que cet auteur ne discute pas la question : d'ailleurs il manque tout à fait de critique ; et, dans tout ce qui ne tient pas à la routine du barreau, son opinion ne peut être d'un grand poids.

Sous le code civil, Tarrible a soutenu que le droit de rétention peut être exercé par le tiers acquéreur (5), et il se fonde sur la loi 29, § 2, D., *de pignorib.* Son avis est suivi par Battur (6). Aucun de ces auteurs n'a essayé de répondre à la raison péremptoire par laquelle Loyseau prouve que la décision de la loi romaine n'est pas compatible avec un système hypothécaire différent de celui adopté à Rome pour la

(1) Liv. VI, chap. VIII, n. 8.

(2) *Suprà*, n. 241.

(3) Orléans, t. XX, n. 38.

(4) Chap. XVI, p. 88.

(5) *Répert.*, v° *Privilége.*

(6) T. II, p. 60, 61, et t. III, n. 491.

vente des gages. C'était cependant par là qu'il fallait commencer pour invoquer cette loi. Mais il ne paraît pas que, dans cette discussion, Tarrible et Battur aient porté leur attention sur l'opinion de Loyseau et de Pothier, omission inconcevable dans un auteur aussi exact et aussi éclairé que Tarrible.

Je crois que Grenier a suivi la véritable route (1), lorsqu'il a soutenu que l'opinion de Loyseau et de Pothier devait prévaloir sous le code civil. Le texte de l'article 2175 me paraît prouver en effet qu'il a été rédigé sous l'influence de ces deux grandes autorités. Il ne parle pas de rétention ; il donne seulement un droit de *répétition*. Cette expression *répétition* est remarquable ; elle donne la juste idée du droit du tiers détenteur. Il n'a qu'une créance, et pas un droit de rétention, qui paralyserait l'exercice des actions hypothécaires, et qui entraverait l'exécution de l'article 2169. Car il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque frappe sur les améliorations comme sur la chose même, ainsi que nous l'avons dit il n'y a qu'un instant. Il faut donc que le droit de suite par hypothèque y exerce son empire, et que les améliorations se vendent avec le fonds. Et pourquoi d'ailleurs une exception serait-elle accordée au tiers détenteur? Serait-ce parce que ses améliorations le rendent préférable pour sa plus value à tous les créanciers hypothécaires ? Mais ce n'est pas un motif pour empêcher la vente de la chose hypothéquée. C'est ce que j'ai prouvé ci-dessus, nº 804, dans un cas analogue. Une hypothèque n'empêche pas l'autre.

Tarrible insiste cependant en faveur du droit de rétention, et dit que si ce remède n'est pas accordé au tiers détenteur, il se verra frustré de ses sûretés ; car la créance que lui donne l'article 2175 n'est pas privilégiée. Le législateur ne s'en explique pas, et l'on ne peut étendre ces priviléges. Pour que cette créance pût être privilégiée, il faudrait que le tiers

(1) *Junge* Dalloz, *Hyp.*, p. 35, n. 2.

Add. Op. conf. de Cotelle, n. 218 ; de Balleroy de Rinville, t. II, p. 423 ; de Pannier, p. 300.

détenteur eût pris les précautions indiquées par l'article 2103 du code civil pour les architectes, et c'est ce que ne pensera jamais à faire un propriétaire qui travaille sur sa propre chose, et à part toute idée d'éviction et de répétition.

Je renvoie à la réponse que Grenier a faite à ces raisons de Tarrible (1). Je ne pourrais que copier cet auteur. Je me bornerai à dire qu'il est évident que notre article, en donnant au tiers détenteur une répétition pour sa plus value au

(3) T. II, p. 85.

Add. Où Grenier dit : " Cependant Tarrible, *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Privilége de créance*, sect. IV, § 5, n. 2, est d'avis, ainsi que Battur, t. II, p. 60 et 61, lequel se réfère, au surplus, à ce que dit Tarrible, que le droit de rétention, doit être accordé au tiers détenteur, pour les objets dont il s'agit. Il se fonde sur la loi 29, ff. *de pign. et hypoth.* Mais dans l'espèce de cette loi, une maison hypothéquée avait été incendiée. Le sol en fut vendu ensuite, et l'acquéreur de ce sol avait fait reconstruire la maison. On sent combien il était favorable. Dans cette circonstance, le sol se détache, dans la pensée, de la maison qui a été construite. Si, par la force de la loi, l'hypothèque imprimée sur le sol suit tout ce qui en couvre la superficie, et qui a nature d'immeuble, au moins est-il vrai que l'acquéreur dont il s'agissait devait être regardé comme principal propriétaire de l'objet suivi par l'exercice de l'hypothèque. Il ne restait au débiteur, lors de la vente, que le sol qui formait une bien mince ressource pour l'exercice de l'hypothèque : il a donc pu paraître juste que l'acquéreur qui était dans une pareille position ne pût être dépossédé qu'à la charge d'un remboursement préalable. Ce n'est pas tout : Leprêtre, centurie 2e, chap. XCIII, rappelle toutes les lois romaines qu'on peut rapporter à cette question, et on y voit combien peu elles sont uniformes ; elles se modifient suivant une infinité de circonstances. On y voit la distinction à faire des réparations absolument nécessaires pour la conservation de l'objet, et des réparations simplement utiles. Elles prévoient encore le cas de la pauvreté du créancier qui exerce l'hypothèque. Pour abréger, je renvoie à ce savant passage de l'auteur. J'indiquerai néanmoins une loi importante à ce sujet, qui s'applique à plusieurs autres cas de cette nature, et notamment au gage mobilier, que l'on peut comparer, sous ce rapport, au gage hypothécaire. Je veux parler de la loi 25, ff. *de pignoral. act.* Cette loi défendait au créancier qui avait reçu un objet en gage d'y faire des réparations telles que le détenteur n'eût ensuite pu les payer et retirer le gage. *Ita nec*

talem efficere rem pignoratam ut gravis sit debitori ad recuperandum. Putà saltum grandem pignori datum ab homine qui vix luere posset, nedùm excolere: tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres.

"Tarrible se fonde encore sur l'article 9 du titre XXVII de l'ordonnance de 1669, qui voulait que celui qui avait été condamné à délaisser la possession d'un héritage, en lui remboursant quelques sommes, espèces, impenses ou améliorations, ne pût être contraint de quitter l'héritage *qu'après avoir été remboursé.*

"Mais je pense que l'auteur a mal saisi l'application de cette loi. Il s'agissait, dans cet article, uniquement du cas de la réclamation de celui qui se trouvait être propriétaire de l'immeuble contre celui qui ne l'était pas. Or la différence d'espèce est sensible. On ne peut comparer ce cas à celui de l'exercice d'une hypothèque contre un tiers détenteur, surtout sous notre législation actuelle, et d'après ce que j'ai déjà dit sur le peu de faveur qu'il mérite. Le propriétaire qui obtient la revendication d'un immeuble qui doit lui rester définitivement ne peut avoir aucune raison plausible pour réclamer le droit de se mettre en possession, sans faire un remboursement qui devient une condition du recouvrement de la possession qui doit se réunir à la propriété. Il faut donc rentrer dans les principes de notre législation, qui concernent particulièrement le cas dont il s'agit.

"Tarrible dit que si ce droit de rétention n'existe pas en faveur du tiers détenteur, il perdra les impenses et améliorations qu'il aura faites, parce qu'il ne pourra les réclamer à titre de privilége sur le prix de la vente qui doit se faire après. Mais ce raisonnement ne paraît pas parfaitement exact. Le tiers détenteur peut être considéré comme *le vrai propriétaire des ouvrages ou améliorations qu'il a faits.* Ce sont les expressions mêmes de l'auteur, qui, à la vérité, en tire des conséquences différentes. Mais, par cela seul que la loi assure cette *répétition* au tiers détenteur, elle n'a pu la lui assurer qu'au même titre de privilége accordé aux architectes, maçons, etc. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.* Il y a seulement cette différence entre ces derniers et le tiers détenteur, que les architectes et maçons doivent avoir pris, pour l'exercice de leur privilége, les précautions que la loi leur impose ; au lieu qu'il n'en est pas de même du tiers détenteur, parce que ses constructions et améliorations sont un fait matériel qui lui est personnel et qui les lui assure.

"Il ne faut pas toujours des architectes et maçons pour certaines améliorations, telles, par exemple, que des plantations, des transports de terrain, etc. D'ailleurs, un tiers détenteur doit avoir la prudence de faire dresser des procès-verbaux de l'état des lieux avant qu'il entre-

prenne les réparations ou constructions; il doit faire faire des devis estimatifs et retirer des quittances des ouvriers. Dans cette position, peut-on se refuser à le placer dans la catégorie des ouvriers, tels qu'architectes et maçons ? Il n'a pas à la vérité d'inscription : mais sur qui pourrait-il en prendre d'après sa position ? Le privilége paraît incontestable, même dans notre législation, au moins par la force des analogies. S'il ne devait pas avoir un privilége, la principale conséquence qui en résulterait serait qu'il ne devrait pas avoir le droit de rétention, et qu'il devrait être réduit à une simple *action* en *répétition*. Le privilége ne devant pas exister par voie de *répétition*, on ne verrait pas de raison pour qu'il en existât un par voie de *rétention*. Cette rétention serait sans contredit le privilége le plus efficace, le plus énergique qu'on pût lui accorder : et pourquoi l'aurait-il, dès que la loi est muette à cet égard, comme sur le privilége, respectivement à la *répétition ?* Mais l'opinion qui tend à accorder le privilége sans rétention paraît la plus juste.

" Pothier, qui traite la question, *Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans*, n. 38, dit que, dans notre droit, nous avons bien admis le privilége du détenteur sur l'héritage, pour ses impenses nécessaires et utiles, ce privilége étant fondé sur l'équité naturelle ; mais *nous n'avons pas également admis* le droit que la loi 29, § 2, ff. *de pign. et hypoth.*, lui donne de retenir l'héritage *jusqu'à ce qu'il en soit remboursé.* Il en explique les raisons prises, dans la différence d'entre les principes du droit romain et ceux du droit français sur l'exercice des hypothèques, et il ajoute : " C'est pourquoi Loyseau enseigne que le détenteur peut être " contraint à délaisser l'héritage *avant que le prix de ses impenses lui* " *ait été remboursé* ; sauf à lui, après que l'héritage aura été vendu, à " se faire colloquer à l'ordre par privilége, etc." Dumont, professeur en droit à Bourges, dans ses *Observations sur l'édit de* 1771, p. 235, disait que, pour les impenses, l'acquéreur devait être renvoyé à *l'ordre et distribution du prix de vente qui sera faite sur son délaissement.* Il est impossible de voir dans la rédaction de l'article 2175 une dérogation à l'ancienne jurisprudence, en comparant surtout cette rédaction aux expressions dont le législateur s'est servi, lorsqu'il a voulu assurer un remboursement effectif et préalable.

" Cependant Pothier pense que, " comme il ne serait pas juste que le " détenteur perdît ses impenses, si les frais du décret absorbaient le prix, " ce detenteur peut au moins, en certains cas, exiger qu'avant que d'être " obligé à délaisser, le créancier lui donne caution que l'héritage sera " vendu à si haut prix qu'il puisse être payé desdites impenses sans " encourir aucuns frais, et que, pour cet effet, il peut, dès avant le " délaissement, demander l'estimation desdites impenses par experts."

moment où la chose va être vendue et le prix distribué, a été rédigé dans des idées de préférence sur ce prix, qui sont d'accord avec le système de Loyseau et de Pothier. Cette

L'auteur ajoute que cela doit être ordonné lorsque le prix de l'héritage, les impenses déduites, est de peu de valeur, et que les impenses sont des impenses nécessaires.

" Enfin, le même auteur dit que le détenteur doit être remboursé par privilége *sur le prix de l'héritage*, non-seulement de ses impenses, mais qu'on doit aussi lui faire raison des intérêts de leur montant, depuis qu'il a cessé de jouir de l'héritage."

Duranton dénie aussi le droit de rétention : il ajoute, n. 272 : Mais il doit être payé par forme de distraction sur le prix de l'adjudication, et par conséquent venir en première ligne ; autrement son droit serait presque toujours illusoire, puisque c'est ordinairement lorsque les charges hypothécaires surpassent la valeur de l'immeuble que l'acquéreur qui n'a point encore payé son prix en fait le délaissement ou en subit l'expropriation ; or, si on ne le colloquait pas le premier, il faudrait le mettre le dernier, puisque tout autre rang qu'on lui assignerait le serait arbitrairement. D'ailleurs, les créanciers n'ont point à se plaindre, car il ne leur enlèvera rien de ce qu'ils auraient eu sans les impenses. En un mot, ce n'est point par voie de privilége proprement dit, mais par voie de distraction sur le prix, qu'il est payé."

Persil *Rég. Hyp.*, article 2175, n. 6, qualifie de véritable privilége ce droit de distraction. Op. conf. d'O. Leclercq, t. VII, p. 353 ; de Delvincourt, t. VIII, in-8°, p. 203.

Balleroy de Rinville dit, t. II. p. 423 : " C'est plus qu'un privilége, car il reprend ce qui lui appartient et ce qui n'a pas été hypothéqué aux créanciers."

Pannier dit, p. 300 : Tisandier, p. 212, pense qu'il aurait un privilége sur le prix. Nous partageons cette opinion, parce qu'elle concilie tous les intérêts et qu'elle est en harmonie avec les principes sur les priviléges, puisque le tiers détenteur est un véritable vendeur pour une portion du fonds correspondante à la plus value."

Les annotateurs de Zachariæ refusent et le privilége et le droit de rétention : ils ajoutent, § 287 : " Mais nous croyons par contre que le tiers détenteur jouit, vis-à-vis des créanciers personnellement, d'une action *de in rem verso* qu'il peut exercer dans l'ordre, par voie de distraction de la partie du prix correspondante à la mieux value de l'immeuble. Nous croyons même qu'il pourrait demander l'insertion au cahier des charges d'une clause qui imposerait à l'adjudicataire l'obliga-

préférence est inhérente à la plus value ; elle n'a pas besoin d'être justifiée par des moyens auxiliaires, tels que ceux qu'on exige à l'égard des architectes pour prévenir les fraudes (1).

Cette opinion se corrobore d'un arrêt de la cour de Turin

tion de lui payer directement le montant de la mieux value de l'immeuble, et que dans ce cas il jouirait tout à la fois du droit de rétention et de la faculté de poursuivre la folle enchère."

Jurisprudence.—L'obligation imposée par l'article 2103, n. 4, au constructeur qui veut acquérir privilége, de faire précéder ses travaux d'un procès-verbal constatant l'état des lieux, ne s'applique pas au tiers détenteur qui fait des améliorations sur l'immeuble qu'il possède. Cass., 28 novembre 1838 (S.-V., XXXVIII, 1, 951 ; D. P., XXXIX, 1, 130.)

(1) Add. Op. conf. de Deleurie, n. 13089, et des annotateurs de Zachariæ, § 287.

Au contraire, l'opinion de Tarrible était suivie par les professeurs Van Hoogten et Ernst, quest. 4, p. 275.

Voici sur ce point l'opinion de Dalloz, n. 3 : "En refusant au tiers possesseur le droit de rétention, Grenier lui accorde un privilége sur le prix de l'adjudication, pour raison de la plus value résultant de ses impenses, et cela en l'assimilant à l'architecte, à qui ce privilége est attribué par l'art. 2103, n. 4. Persil dit aussi "qu'ayant le droit de distraire du prix de l'immeuble la valeur des réparations, l'acquéreur "aurait sur ce prix un véritable privilége." Tarrible et Battur ont établi une doctrine contraire, en se fondant sur le principe que tous les priviléges sont de droit étroit, et qu'il ne saurait en être établi aucun par analogie; et c'est même de là qu'ils sont partis pour accorder au tiers acquéreur le droit de rétention ; car sans ce droit de rétention, disent-ils, il perdrait les impenses et améliorations qu'il aurait faites, ne pouvant les réclamer à titre de privilége. Il est facile d'éviter cette difficulté, en faisant attention que les créanciers hypothécaires ne pouvant avoir aucun droit sur la plus value que l'immeuble a reçue, la portion de prix correspondant à cette plus value doit appartenir au tiers détenteur, non pas à titre de privilége, mais à titre de prélèvement ou de distraction, comme le disent Persil et Delvincourt, ou encore parce que le tiers détenteur doit être considéré, suivant les expressions de Tarrible, comme *le vrai propriétaire des ouvrages ou améliorations qu'il a faits.*"

Cotelle, n. 218, refuse aussi le privilége, mais il ajoute : "Cependant rien ne dit qu'il ne puisse pas exercer le privilége sur la plus value : il

du 30 mai 1810, et d'un arrêt de la cour de cassation du 29 juillet 1819, confirmatif d'un arrêt de la cour de Pau, qui avait repoussé le système de Tarrible (1).

semble qu'en l'assimilant, à cet égard, aux architectes et entrepreneurs, s'il avait fait faire, avant de se livrer aux dépenses de réparations et reconstructions, la visite des lieux et le devis desdites réparations, et qu'il eût ensuite fait faire le procès-verbal de réception et pris une inscription, le tout tel qu'il est prescrit par l'article 2103, on ne pourrait lui refuser la collocation, par privilége, sur le montant de ladite plus value."

(1) Dalloz, *Hyp.*, p. 355, 356.

Add. Sur le droit de rétention, voyez *suprà*, n. 255 2°, 260 et 264 2°.

Dans le sens de Tarrible, argument de Douai, 18 mars 1840.

Jurisprudence.—Une communauté religieuse qui est dépossédée par une ordonnance royale, au profit d'une ville, d'un immeuble dont la possession lui avait été concédée par une autre ordonnance royale, a le droit de retenir cet immeuble jusqu'à ce qu'elle ait été indemnisée par la ville de toutes les impenses nécessaires ou utiles qu'elle y a faites. Rennes, 8 février 1841 (S.-V., XLI, 2, 453).

A l'appui de l'opinion suivie par Troplong, Dalloz avait dit, *Hyp.*, chap. II, sect. VI, art. 3, § 2, n. 2 : " En accordant le droit de rétention au tiers détenteur, on oblige le créancier hypothécaire à avancer de ses deniers la somme que le premier réclame pour ses impenses et améliorations. Mais s'il n'a pas l'argent nécessaire pour faire cette avance, on le met dans l'impossibilité de faire valoir son droit hypothécaire. De plus, en exigeant de lui cette avance, on va directement contre l'objet de l'hypothèque, puisqu'on lui rend onéreuse une stipulation qu'il n'a faite que dans la vue d'assurer et de faciliter davantage son remboursement. Quel motif d'ailleurs a-t-on de préférer l'intérêt du tiers détenteur à celui du créancier hypothécaire? Ce devrait être tout le contraire, car le premier avait des droits acquis avant le second. On veut par ce droit de rétention rendre certain le payement des impenses qui ont amélioré l'immeuble: très-bien; mais si le créancier hypothécaire paye le vendeur, il faudra à son tour qu'il soit remboursé par l'adjudicataire; si le payement est assuré, quel dommage éprouvera le tiers détenteur à attendre jusqu'à l'adjudication? S'il y a quelque risque à courir, pourquoi devrait-il plutôt retomber sur le créancier hypothécaire que sur le tiers détenteur? Et remarquez toute la différence qui existe entre le cas de l'article 2175 et ceux des articles 867, 1673 et 1749 précités. Contre qui le droit de rétention est-il accordé par ces articles? Contre ceux-là

Du reste, s'il y avait lieu de craindre que les frais de l'expropriation absorbassent le prix, et que le détenteur perdit ses impenses, je pense, d'après Pothier et ce que j'ai dit *suprà*, n° 804, que ce détenteur pourrait exiger que le créancier poursuivant lui donnât caution (1) que l'immeuble serait porté à si haut prix que le délaissant y trouverait le prix de ses impenses.

837. Les répétitions du tiers détenteur pour impenses et améliorations ne peuvent porter que sur la plus value. C'est

mêmes qui sont débiteurs des impenses. Ne peut-on pas dès lors leur dire avec justice : Vous voulez la possession de l'immeuble ; commencez donc par acquitter votre dette ? "

Jurisprudence.—L'acquéreur qui s'est obligé par son contrat à payer les créanciers des propriétaires précédents et à effectuer certains travaux nécessaires pour que la chose achetée puisse remplir sa destination, n'a, dans le cas où la revente de l'immeuble est poursuivie par les créanciers hypothécaires, aucun privilége sur le prix à raison de la plus value résultant de ces travaux. Rej , 8 juillet 1840 (S.-V., XL, 1, 993 ; D. P., XL, 1, 308).

(1) Dalloz est d'avis contraire. *Hyp.*, p. 353, n. 4.

Add. Il dit à l'endroit cité : " Cette décision ne nous parait pas devoir être admise aujourd'hui que nous nous montrons beaucoup plus scrupuleux de ne pas ajouter arbitrairement aux dispositions de la loi. De quel texte, en effet, ferait-on dériver l'obligation imposée au créancier hypothécaire de donner caution au tiers détenteur pour le cas dont il s'agit ? Il y a plus : l'équité de cette décision pourrait très-bien être contestée. On voudrait faire garantir par le créancier hypothécaire le payement des améliorations que le tiers détenteur a faites à l'immeuble, par la raison sans doute qu'en provoquant la vente forcée d'un fonds dont la valeur serait à peine suffisante pour couvrir les frais d'expropriation, il nuirait au tiers détenteur, sans aucun intérêt pour lui-même ; mais comment le créancier hypothécaire pourra-t-il apprécier au juste la vraie valeur de l'immeuble, et le plus ou moins de frais auxquels la mise aux enchères donnera lieu ? et comment pourra-t-on le rendre responsable de ce que, par des circonstances accidentelles, le prix d'adjudication ne se serait pas élevé aussi haut qu'il l'espérait ? En poursuivant la vente de son gage, quel qu'il soit, il use du droit qui lui appartient ; c'était au tiers acquéreur à prendre ses précautions, et à aller au-devant des résultats

ce que disait la loi 29, § 2, D., *de pignorib.* " Non aliter " cogendos creditoribus ædificium restituere, quàm *sumptus* " in extractione erogatos, *quatenùs pretiosior res facta est,* " restituerent."

Loyseau (1) donne une définition aussi exacte que précieuse de ces mots *impenses* et *améliorations.* Je crois utile de la reproduire dans un commentaire destiné à faire sentir la force et l'étendue de chaque expression.

Les impenses sont les sommes qui ont été dépensées à améliorer l'héritage. Les améliorations sont ce qu'il vaut de plus à raison des sommes qui y ont été employées. Il arrive presque toujours que l'impense est plus forte que la plus value ou l'amélioration qui en résulte. Cependant il arrive quelquefois aussi que l'amélioration, ou plus value, est plus forte que la somme employée à la produire (2). Je dépense

de l'hypothèque, en remplissant les formalités prescrites pour la purge des immeubles.

" La conséquence à tirer de tout ce que nous venons de dire, c'est que le droit de répétition, que l'article 2175 accorde au tiers détenteur pour les impenses qu'il a faites à l'héritage, ne crée aucune exception à son profit, mais une simple créance."

Après avoir rappelé l'arrêt de cassation du 29 juillet 1819, Grenier dit, n. 337 : " Néanmoins cet arrêt ne laisse pas de supposer que le tiers détenteur ne peut pas demander le remboursement préalable des impenses avant la dépossession, puisque cette demande avait été faite devant le tribunal de première instance, qui l'avait rejetée, et que son jugement avait été confirmé.

" Au surplus, la question ayant paru embarrassante aux jurisconsultes et même aux tribunaux, le législateur pourrait aviser s'il ne serait pas à propos de mettre un terme aux difficultés, ce qui pourrait se faire par une légère addition à l'art. 2175."

(1) Liv. VI, ch. VIII, n. 15. *Suprà* n. 551.

(2) Add. Op. conf. de Battur, n. 490 ; de Dalloz, n. 8.

" Il faut entendre par *plus value*, dit Balleroy de Rinville, t. II, p. 422, celle qui résulte directement des augmentations et non pas celle qui, ayant son principe dans des circonstances, deviendrait plus forte que

50,000 francs dans ma maison qui valait 100,000 francs: voilà l'impense. Mais ce n'est pas à dire pour cela que ma maison vaudra 150,000 francs. Le plus souvent l'amélioration, c'est-à-dire le produit de l'impense, ne s'élèvera qu'à une plus value moindre que la somme dépensée. Ainsi ma maison, ainsi réparée, pourra ne valoir que 120,000 francs. Il est cependant possible que, si la dépense a été faite à propos, en temps opportun, je la vende 200,000 francs, et qu'une impense de 50,000 francs me produise une plus value de 100,000 frs.

838. Ceci posé, on demande si le tiers détenteur devra répéter l'impense ou l'amélioration.

Si l'impense excède l'amélioration, il aura plus d'intérêt à répéter l'impense; si l'amélioration excède l'impense, il aura plus d'intérêt à réclamer l'amélioration, c'est-à-dire la plus value.

Faisons bien attention d'abord qu'il ne s'agit pas du recours à exercer par le tiers détenteur contre son vendeur. Ce recours est réglé par des principes spéciaux que j'ai exposés dans mon commentaire sur le titre *de la Vente* (1). Il repose sur une responsabilité sévère, sur l'obligation contractée par le vendeur d'indemniser l'acheteur de tout dommage (2). (Articles 1630 et 1634 du code civil.)

les dépenses par la situation du local ou les avantages de convenance qu'il présenterait pour quelqu'un."

Jurisprudence.—La plus value à laquelle le tiers détenteur a droit à raison des améliorations par lui faites sur l'immeuble dont il est évincé par suite de saisie à la requête des créanciers inscrits, doit ou peut se composer de la différence entre ce que l'immeuble vaudrait *au jour de l'adjudication ou éviction*, si les améliorations n'avaient pas été faites, et la somme qu'il a produite avec ces améliorations: on ne doit point (au moins nécessairement) avoir égard à la valeur de l'immeuble, *à l'époque où les travaux ont été faits*. Rej., 28 novembre 1838 (S.-V., XXXVIII, 1, 951; D. P., XXXIX, 1, 130).

(1) N. 508, 509, 510.

(2) Add. Voy. *suprà*, n. 834 2°, 834 3°; Battur, n. 493.

Duranton dit, n. 274: " Quant aux dépenses purement voluptuaires ou d'agrément, dont les créanciers ne font point raison à l'acquéreur, le

Mais le recours dont nous nous occupons ici a lieu contre des *créanciers hypothécaires*, et les règles sont différentes.

Je pense avec Loyseau qu'il faut suivre la décision des lois romaînes (1). Or, voici ce qu'elles portent. Si l'impense est plus forte que l'amélioration qui en résulte, le tiers détenteur ne pourra prétendre que l'amélioration ou plus value. La loi 29. § 2, D., *de pignor. et hypothec.*, dit : *Recepturum sumptus quatenùs res pretiosior facta est.* Au contraire, si l'amélioration est plus forte que l'impense, il doit suffire au tiers détenteur de recevoir son déboursé. " Reddet dominus " impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat quo pre-

vendeur, sur l'action en garantie, devrait lui en tenir compte, si les dettes le concernaient personnellement, et si l'acheteur n'avait point été chargé, par le contrat, de les payer avec son prix ; car si le vendeur lui-même les eût payées, ainsi qu'il le devait, l'acheteur n'aurait pas éprouvé l'éviction ; en sorte qu'il est vrai de dire que c'est par son fait qu'elle a eu lieu. Or, d'après l'article 1635, lorsque le vendeur a vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il est obligé de rembourser à l'acheteur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci a faites au fonds, et l'on peut très bien assimiler le vendeur qui ne paye pas ses dettes, et qui par là donne lieu à l'éviction, au vendeur qui vend sciemment le fonds d'autrui ; dans l'un comme dans l'antre cas, c'est toujours un fait illicite de la part du vendeur qui cause la dépossession de l'acheteur.

" Et nous déciderions la même chose s'il s'agissait d'hypothèques créées par de précédents propriétaires dont le vendeur aurait eu connaissance au temps de la vente, et qu'il aurait dissimulées à l'acheteur ; ce qui a pu surtout avoir facilement lieu dans le cas d'une hypothèque légale d'une femme sur les biens de son mari ou d'un mineur ou d'un interdit sur ceux de son tuteur. C'est pour l'acquéreur évincé par suite de cette hypothèque comme s'il avait été évincé par suite d'un droit de propriété appartenant à un tiers et dont le vendeur lui aurait dissimulé l'existence ; le résultat étant absolument le même pour lui, et la mauvaise foi du vendeur étant la même dans les deux cas, l'article 1635 précité est applicable à l'un comme à l'autre, du moins suivant notre opinion."

(1) Loyseau, *loc. cit.*, et Huberus *de rei vind.*, n. 10, p. 771.

" tiosior factus est; et *si plùs pretii accessit, solum quod impensum est.*" (L. *in fundo*, D., *de rei vindicat.* (1).)

Le texte de notre article n'est pas contraire à ces règles d'équité. Il dit à la vérité que le tiers détenteur ne pourra répéter ses impenses et améliorations que *jusqu'à concurrence de la plus value résultant de l'amélioration;* d'où l'on pourrait conclure que la plus value est dans tous les cas le taux invariable de l'indemnité à laquelle il peut prétendre; mais ce serait une erreur à notre avis. La loi fixe ici un *maximum.* Elle décide qu'en aucun cas le tiers détenteur ne pourra prétendre à plus qu'à la plus value. Ainsi, s'il a fait 50,000 francs d'impenses, et que la plus value produite ne soit que de 25,000 francs, il ne pourra répéter que 25,000 francs. Mais remarquons bien qu'il ne dit pas qu'il ne recevra pas moins que la plus value, et il ne s'oppose pas à ce qu'on fixe un *minimum* plus d'accord avec l'équité et la justice, lorsque la plus value est exorbitante comparativement à la somme dépensée. De quoi pourrait se plaindre le tiers détenteur, puisqu'on lui paye ses déboursés (2)?

838 2°. Ici se présentent plusieurs difficultés. La première consiste à savoir si la règle posée par notre article s'applique aux impenses nécessaires, et si elle ne doit pas être restreinte aux seules impenses utiles. La seconde, qui est une conséquence de la première, consiste à savoir si, lorsque l'impense est nécessaire, et qu'elle n'a pas produit de plus value, on peut néanmoins la répéter.

(1) Voy. aussi les lois 2, § *Pater*, D., *de rege Rhodiâ*, et *si fundum* D. *de rei vindicat.*

Add. Op. conf. de Dalloz, n. 8; de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2175, n. 4; de Pannier, p. 300; de Carrier, p. 278.

Jurisprudence.—Lorsque les impenses faites par le tiers détenteur sont moins élevées que la plus value, la restitution à lui faire doit être restreinte au montant même de ces impenses; il ne peut prétendre au remboursement du montant de la plus value elle-même. Grenoble, 31 décembre 1841 (S.-V., XLII, 2, 256; D. P., XLII, 2, 186).

(2) Mais son vendeur devra lui payer l'amélioration entière. (Voy. mon *Commentaire sur la Vente*, n. 510.)

Par arrêt du 11 novembre 1824 (1), la cour de cassation a décidé que l'article 2175 ne s'applique qu'aux impenses d'amélioration, mais qu'il ne concerne pas les impenses nécessaires, de telle sorte que, lorsque le tiers détenteur a fait des dépenses pour empêcher la ruine de la chose, il doit être remboursé de la totalité de ses déboursés, sans égard à la plus value. Dans l'espèce, l'impense excédait la plus value; comme il s'agissait d'impenses nécessaires, la cour de cassation pensa que le tiers détenteur pouvait les répéter en entier, par préférence aux créanciers hypothécaires.

Cette décision peut s'autoriser d'un passage de Pothier, qui est ainsi concu :

" Suivant la loi 29, § 2, Dig., *de pign. et hypoth.*, le déten-
" teur d'un héritage assigné en action hypothécaire qui a
" fait des impenses *nécessaires ou utiles* a droit de les retenir
" jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, savoir, *à l'égard des*
" *nécessaires* de ce qu'*elles ont coûté* ou dû coûter ; et à
" l'égard des *utiles*, de la somme dont l'héritage s'en trouve
" actuellement plus précieux, ce qui est fondé sur ce que le
" créancier ne doit pas profiter aux dépens de ce détenteur
" des dépenses qu'il a faites pour lui conserver ou améliorer
" son gage ; suivant cette règle : *Neminem æquum est* cum
" alterius detrimento locupletari (2)."

Il faut convenir néanmoins que cette décision de Pothier, tout en ayant l'apparence de s'appuyer sur les lois romaines, confond des choses qu'elles distinguent soyeusement, et que d'un autre côté la cour de cassation a adopté le parti qui s'éloigne le plus de notre article.

Pour approfondir cette difficulté, rappelons d'abord la distinction des impenses en *nécessaires*, *utiles* et *voluptuaires* (3).

(1) Dalloz, *Hyp.*, p, 60. *Suprà*, n. 243.

(2) Orléans, t. XX, n. 38.

(3) Sur les impenses en général. voyez Tiraqueau, *de rei vend.*, § 32, glose 1, n. 52 ; Cujas, *Obs.*, lib. X, cap. X ; Louet, lettre E, cap. X ; Leprêtre, centurie II, ch. XCIII.

Les impenses *nécessaires* sont celles qui ont pour objet la conservation de la chose et qui l'empêchent de périr. " Im-" pensæ necessariæ sunt quæ si factæ non sunt, res peritura " aut deterior futura sit (1)... " Veluti aggeres facere, flumina " avertere, ædificia vetera fulcire, idemque reficere, arbores " in locum mortuorum reponere (2)."

Les impenses utiles sont celles qui n'ont pas seulement pour résultat de conserver la chose, mais encore de l'améliorer. " *Utiles impensas* Fulcinius ait quæ meliorem dotem " faciunt, non deteriorem esse sinunt." (L. 79, § 1, Dig., *de verb. siguif.*)

Enfin les impenses voluptuaires sont celles qui ont pour but l'embellissement de la chose. " Quas ad voluptatem " facit, et quæ facies exornant." (L. 7, Dig., *de impensis in res dot.*; et 77, § 2, *de verb. signif.*)

Outre ces impenses, il y a des impenses d'entretien ordinaire, telles que labour, curage de fossés, travaux de jardins, et *autres petites accommodations* (3), qui sont réputées avoir été faites *fructuum causâ* (4).

Ceci posé, tâchons de ne pas perdre de vue le point de notre question. Elle ne consiste pas à savoir si, pour ses dépenses nécessaires, le tiers détenteur a une action contre son vendeur en cas d'éviction ; car l'affirmative ne fait pas de doute (5). Mais ce que nous recherchons, c'est de savoir

(1) Paul, l. 79, D., *de verb. signif.*

(2) Ulp, l. 14, *de impensis in res dot.*

(3) Loyseau, liv. VI, ch. VI, n. 2.

(4) *De impensis in res dot.*, l. 12 et 15.

Add. Ernst dit, p. 276 : " Quant aux impenses d'entretien, elles se compensent avec les fruits, et ne peuvent conséquemment être répétées. Il en est de même de celles faites pour les fruits lorsque le tiers possesseur les a perçus et les a fait siens ; mais s'il n'a pas fait siens les fruits, il peut en déduire les impenses ou les répéter, d'après la règle : *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis.*"

(5) L. 44, § 1, D., *de damno infect.* Mon *Commentaire sur la Vente*, n. 508 et suiv.

si les impenses nécessaires, faites par le tiers détenteur, doivent être répétées contre les créanciers hypothécaires en entier, ou seulement *in quantùm res pretiosior facta est*, de telle sorte que, s'il n'y a pas eu d'amélioration, il n'y a rien à répéter par privilége contre les créanciers hypothécaires.

Une chose bien digne de remarque, c'est que, dans les deux seules dispositions du code qui aient trait à cette question, la loi n'accorde de préférence et de privilége entre créanciers que jusqu'à concurrence de la plus value (1) (articles 2103 et 2175). Or, de quoi s'agit-il ici ? Ne le perdons pas de vue ! Il s'agit d'une répétition *privilégiée* contre des créanciers nantis d'une garantie hypothécaire. Il faut donc un texte de loi bien clair et bien précis pour constituer ce privilége. C'est ce texte de loi que je cherche en vain et que la cour de cassation n'a pas trouvé.

Notre article parle des *impenses* faites sur la chose possédée par le tiers détenteur, et ce mot comprend à coup sûr les trois sortes d'impenses dont nous avons parlé ci-dessus. Eh bien ! que dit-il de ces impenses ? Qu'on ne peut les répéter que jusqu'à concurrence de la *plus-value résultant de l'amélioration.* Il n'y a donc de privilége que pour la plus-value. Le reste tombe dans la classe des créances ordinaires qui ne peuvent être opposées aux créanciers hypothécaires.

Je parlais tout à l'heure des lois romaines, et je disais que Pothier ne me paraissait pas en avoir reproduit exactement l'esprit.

Les lois romaines décidaient que le tiers détenteur n'avait pas droit de répéter contre le créancier hypothécaire les impenses nécessaires de grosses *réparations* (*impensas in refectione*). La loi 44, § 1, D., *de damno infecto*, est positive, et voici comment Cujas s'en explique, dans son commentaire sur ce qui nous reste des ouvrages d'Africain (2) : " Inde " quæritur an idem dicendum sit, si quis ædes suas, quas

(1) *Suprà,* n. 243.

(2) Tract. 9, p. 2099.

" creditori obligaverat, alii vendiderit, et *emptor eas refece-*
" *rit* (1), an etiam repelletur creditor agens hypothecariâ,
" nisi paratus sit emptori præstare *impensas* refectionis ? Et
" Africanus negat idem esse dicendum ; *negat onerandum*
" *esse creditorem hypothecarium præstatione impensarum... de*
" *sumptibus refectionis hic agitur. Hos non agnoscit creditor, qui*
" *ab emptore pignus suum persequitur, cui sufficit habere re-*
" *gressum adversùs venditorem*, evictionis nomine, in quo
" judicio *veniunt impensæ refectionis.*"

Quelques interprètes avaient été embarrassés pour concilier la décision de cette loi avec la loi *Paulus*, § *Domus* (2), Dig., *de pignorib.*, que j'ai citée tout à l'heure. Accurse surtout s'en était fort tourmenté. Mais Cujas trouve qu'il n'y a rien de plus simple que de montrer leur rapport. Nihil est " facilius. Quid tot commenta Accursii in hanc rem ? "

En effet, dit-il dans la loi 44, § 1, Dig., *de damno infecto*, il est question de travaux de *réparations* (*refectiones*) (3). Au contraire dans la loi *Paulus*, § *Domus*, le jurisconsulte parle de travaux de reconstruction qui sont travaux d'amélioration. " In D., § *Domus*, dit-il, agitur de sumptibus *ædifica-*
" *tionis* sive *exstructionis*, de sumptibus factis *in novum*
" ædificium : hos agnoscit creditor : quoniam sine his nul-
" lius ædificii pignus creditor haberet, sed areæ tantùm, et
" æquum est ut quibus restitutum est sibi *integrum* pignus,
" hoc præstare non recuset. *Distinguenda sunt genera* sump-
" tuum ; non de eodem genere sumptuum hoc loco agitur
" et illo."

Voilà donc la distinction bien marquée.

Les réparations et tous les travaux *d'entretien* qui n'ajoutent

(1) Ce mot signifie *réparer*, et même faire de grosses réparations. L. 14, D., *de impens. in res dot. factis.*

(2) C'est la loi 29, § 2, Dig., que Pothier cite dans le passage rapporté ci-dessus.

(3) Et faisons bien attention que ce ne sont pas des réparations de simple entretien ordinaire, puisqu'elles donnent lieu à répétition contre le vendeur, ainsi que le dit la loi 44, § 1, *de damno infecto.*

pas à la valeur de l'immeuble ne peuvent être l'objet de répétition contre le créancier qui poursuit le délaissement (1). Mais les travaux qui augmentent, qui améliorent, qui rétablissent ce qui est détruit, donnent lieu à répétition, non pas toutefois jusqu'à concurrence de la totalité de l'impense, *sed in quantùm res pretiosior facta est.* C'est la limitation portée par la loi 29 § 2, D., *de pignorib. et hyp.*

C'est en reproduisant l'esprit de ces lois que Loyseau disait : " Il faut donc tenir que les grosses améliorations et " rebâtiments sont répétés par l'acquéreur, mais non pas les " simples *réparations* et *entretènements;* car il suffit que le " tiers acquéreur ait recours pour raison d'iceux contre son " vendeur (2)."

Et ailleurs : " C'est qu'il faut distinguer les réparations ou " entretènements des maisons d'avec les bâtiments ou réédi- " fications : *Aliud est reficere ædes læsas*, *aliud lapsas resti-* " *tuere.* Et, comme dit la loi : *Aliud est tueri quod acceperis*, " *aliud novum facere.* (L. 44, Dig., *de usuf.*) Telles personnes " en droit sont sujettes aux réparations et entretènements, " comme le mari, pour raison des héritages dotaux, comme " l'usufruitier, qui ne sont pas tenus des réédifications."

" Surtout cette différence paraît clairement en joignant la " loi *Domus* avec la loi *Sumptus*, Dig., *de leg.* 1°... En lisant " la loi *Sumptus*, suivant la vraie lecture que lui a donnée " le docte Cujas, on voit que l'héritier qui était chargé de " rendre après sa mort une maison, l'ayant fait rebâtir à " neuf après l'avoir brûlée, retire et déduit les impenses de " la réédification ; mais s'il n'avait fait que la réparer, il ne " conserverait rien (3)."

Ces autorités sont très-ponctuelles. On peut les généraliser

(1) Add. Op. conf. de Dalloz, n. 6, d'après Pothier; de Persil, *Rég. hyp.*, art. 2175, n. 5; de Grenier, n. 336, *in fine;* de Duranton, n. 271, *in fine;* de Ernst, p. 276; de Pannier, p. 300.

(2) Liv. VI, ch. VIII, n. 9 et 10.

(3) Liv. V, ch. VI, n. 13 et 14.

en faisant attention que les réédifications y figurent comme le cas le plus notable et le plus certain d'améliorations ; que les *réparations* et *entretènements* y sont rappelés comme exemple de ce qui entretient l'immeuble dans l'état où il est, de ce qui, par conséquent, n'améliore pas l'immeuble, mais l'empêche de dépérir. Eh bien ! dans le cas d'amélioration, on ne peut répéter que la plus value contre les créanciers. Dans le cas de réparation, il n'y a rien à réclamer contre eux.

C'est évidemment dans cet esprit qu'a été rédigé l'article 2175. On ne peut contester qu'il n'ait été fait sous l'influence des idées de Loyseau, qui a creusé si profondément la matière du délaissement par hypothèque. Il limite les répétitions *à la plus value*. Donc, s'il n'y a pas de plus value, il n'y a rien à répéter (1). Dalloz, qui soutient le contraire, en se fondant sur l'autorité de Loyseau, me paraît avoir cité pour lui la loi qui le condamne (2).

(1) Add. Op. conf. de Zachariæ, § 287.

(2) *Hyp.*, p. 353, n. 5. Dalloz dit que si les dépenses étaient *nécessaires*, le tiers détenteur pourrait les répéter, bien que l'immeuble n'eût pas été *amélioré*. Nous verrons tout à l'heure que Loyseau condamne, en matière de délaissement, la distinction des impenses en *nécessaires, utiles, voluptuaires*. Ainsi, Loyseau n'a rien à faire dans cette opinion que Dalloz lui attribue. Delvincourt, t. VIII in-8., p. 202, qui enseigne l'opinion à laquelle Dalloz s'est rattaché, se garde bien de citer Loyseau, t. III, p. 180, n. 11.

Add. Dalloz, *loc. cit.*, considère alors le tiers détenteur comme le *negotiorum gestor* des créanciers.

Duranton, n. 271, suit l'avis de Dalloz : " Toutefois, dit-il, bien que les dépenses dites *nécessaires* ne soient pas, ordinairement du moins, du nombre de celles qui augmentent la valeur vénale des héritages, l'acquéreur serait néanmoins bien fondé à réclamer le montant de celles de cette nature qu'il aurait faites, et qui ne seraient point des dépenses de simple entretien. Tel serait le cas d'une dépense faite pour étayer une maison qui menaçait ruine, celle faite à la digue d'un étang, etc. Les créanciers doivent s'applaudir de ce que l'acquéreur a conservé leur gage, et ils ne doivent pas s'enrichir à ses dépens. Et comme il ne s'agit pas ici du privilége accordé aux architectes ou entrepreneurs qui ont réparé des immeubles, privilége qui ne leur est attribué qu'autant

Ce que décidaient les lois romaines, ce que Loyseau enseignait avec toute la puissance de sa vaste érudition, le Châtelet de Paris le jugeait constamment au rapport de Bourjon (1). Voici comment cet auteur termine l'exposé de la jurisprudence qui faisait alors le droit commun : " Il y aurait trop " d'embarras à lui accorder le remboursement de ses dé- " penses *hors le cas que ses dépenses ont visiblement amélioré* " *le fonds.* Cessant cette certitude, c'est le cas de se tenir à la " rigueur ; mais, l'amélioration étant certaine, c'est le cas " dans lequel la rigueur devrait cesser."

Mais faisons ici une observation. Quand on fait une réparation, il arrive quelquefois, il arrive même souvent qu'elle n'est pas mathématiquement bornée à la conservation de la chose, mais qu'elle l'améliore, qu'elle lui donne une plus value. Il y a alors plus que réparation, il y a aussi *opus novum*, addition d'une valeur qui n'existait pas auparavant. La réparation doit alors être répétée jusqu'à concurrence de la plus value, ou se trouve placée dans le cas *d'amélioration* prévu par notre article.

C'est ce qui avait lieu dans l'espèce jugée par la cour de cassation. Les travaux de réparation entrepris pour faire cesser des traces de délabrement *antérieures à l'acquisition*, n'avaient pas seulement remis l'immeuble dans son ancien état de conservation, mais lui avaient encore apporté une

qu'ils ont rempli les formalités prescrites à cet effet ; qu'il s'agit seulement d'une simple répétition de déboursés faits par le détenteur pour la conservation de la chose, on ne pourrait pas lui opposer qu'il n'a point rempli ces mêmes formalités, pas plus qu'on ne peut le lui opposer quand il s'agit de simples dépenses *utiles* ou d'améliorations. Il agissait sur une chose dont il était propriétaire, au lieu que les architectes opèrent sur la chose d'autrui. L'article 862 accorde à l'héritier tenu du rapport, l'indemnité pour les dépenses *nécessaires* qu'il a faites sur l'immeuble à lui donné par le défunt, comme pour celles qui ont simplement augmenté la valeur du fonds; or il y a bien autant de raison assurément de le décider ainsi à l'égard d'un tiers détenteur."

Op. conf. de Carrier, p. 278.

(1) T. II, p. 646, 647, n. 4 et 5.

plus value de 2.245 francs. Il fallait donc accorder cette plus value. Ce n'était nullement se mettre en contradiction avec les lois romaines et avec Loyseau, parce que, si ces autorités refusent la répétition pour les réparations, elles ne la refusent qu'autant qu'elles n'améliorent pas; mais il ne fallait pas accorder plus que la plus value.

En effet, notre article, de même que l'article 2103, n'accorde de privilége que pour cette plus value. C'est seulement pour cette plus value que le tiers détenteur peut réclamer préférence sur les créanciers hypothécaires. Pour le surplus, il a sans doute une action en garantie contre son vendeur, mais il n'est qu'un simple créancier chirographaire ; s'il se présente à l'ordre sur le prix de la chose, il ne pourra prendre rang qu'après les hypothécaires. Car, hors des articles 2103 et 2175 du code civil, qui limitent la répétition privilégiée à la plus value, le tiers détenteur ne peut réclamer aucune préférence.

Mais, objecte la cour de cassation, il s'agit ici des dépenses *nécessaires* qui ont conservé l'immeuble.

Eh bien ! supposons d'abord qu'empruntant les paroles de Cujas rapportées ci-dessus, la cour de cassation veuille les appliquer au tiers détenteur, et dire " qu'il a préservé le " gage d'une perte certaine, qu'il l'a rendu sain et sauf aux " créanciers." Assurément il n'aura pas fait plus que celui qui rétablit à neuf l'immeuble qui a péri ; et cependant les lois romaines et Cujas entendaient qu'il ne fût indemnisé de ce service que *in quantùm res pretiosior facta est.* Que fait cependant la cour de cassation ? Elle trouve que l'indemnité de la plus value n'est pas suffisante, et qu'il faut accorder répétition pour la totalité des déboursés. C'est évidemment violer l'art. 2175, ou méconnaître sa portée et son origine.

Le président Favre rapporte un arrêt du sénat de Chambéry, du 14 mars 1594, qui décide que le tiers détenteur a droit à être indemnisé des impenses qu'il a faites pour la

conservation comme pour l'*amélioration* de la chose (1). Mais il met ces impenses sur la même ligne, et comme il donne pour base à cette décision la loi 29, § 2, Dig., *de pignorib.*, il est clair qu'il sous-entend que le droit du tiers détenteur est limité à la plus value ; car c'est la décision formelle de cette loi.

Et, en effet, qu'importe que la dépense ait été occasionnée pour dépenses nécessaires ou utiles, et qu'elle ait *conservé* ou *amélioré ?*

Loyseau nous enseigne formellement qu'en matière de délaissement par hypothèque, il n'y a pas lieu à faire la distinction des impenses en *utiles*, *nécessaires* ou *voluptuaires*. Ecoutons-le parler (2) : " Il ne faut donc point recourir en " cette matière à la distinction vulgaire des impenses *néces-* " *saires*, *utiles* ou *voluptuaires*, parce que cette distinction ne " convient pas proprement aux améliorations ; car le mot " emporte qu'elles soient utiles ; autrement elles ne seraient " pas améliorations, et ne *peuvent être nécessaires*, parce que " nul n'est contraint d'améliorer, mais de *réparer*. Aussi " elles ne peuvent être simplement *voluptuaires*, puisqu'elles " sont améliorations. Et d'ailleurs quand la chose se vend, " comme ici, même les réparations voluptuaires se retirent " toujours en tant que la chose en est vendue davantage (3)."

Loyseau me paraît avoir parfaitement raison, et est surtout très-conséquent avec les lois romaines, qui font la base de son argumentation. Que dit en effet la loi 44, § 1, Dig., *de damno infecto ?* Que l'acheteur ne peut exiger que les créanciers lui tiennent compte des dépenses qu'il a faites *in refectione*. Or, qu'est-ce que de pareilles dépenses ? Ce sont des dépenses *nécessaires*. " Itemque (dit la loi 14, Dig., *de* " *imp. in res dot.*) *impensæ necessariæ sunt*, quibus non factis,

(1) *Cod.*, lib. VIII, t. VI, def. 19.

(2) Liv. VI, ch. VIII, n. 11.

(3) En effet, la loi 10, D., *de impensis in res dot.*, dit : " Quod si " hæres, in quibus impensæ factæ sunt, promercales (venales) fuerint " tales impensæ non voluptuariæ, sed utiles sunt."

“ dos imminuitur, veluti... ædificia vetera fulcire, itemque “ *reficere.*” Donc les impenses *nécessaires* ne peuvent être répétées contre les créanciers ; donc on ne peut répéter que celles *quæ rem meliorem faciunt*, et non pas celles *quæ rem deteriorem esse non sinunt* (1), qui sont les nécessaires. La seule question est donc de savoir s'il y a eu amélioration. Que cette amélioration soit causée par des impenses nécessaires dans l'origine, mais poussées ensuite jusqu'à l'amélioration, qu'elle découle d'impenses moins urgentes, peu importe. S'il y a eu amélioration, il y a lieu à répétition jusqu'à concurrence de la plus value. S'il n'y a pas eu amélioration, le tiers détenteur n'aura que son recours en éviction contre son vendeur (2).

On voit que la cour de cassation a pris absolument le contre-pied des lois romaines, et qu'elle s'est fondée pour dépasser la plus value sur un cas qui paraissait aux jurisconsultes romains, et à Cujas et à Loyseau, ne devoir pas même servir de base à une répétition.

Au surplus, quelle est la raison de ce système des lois romaines auquel il est évident que l'article 2175 est conforme ?

C'est d'abord que le tiers détenteur a su qu'une cause d'éviction pesait sur l'immeuble par lui acquis, qu'ayant à s'imputer de n'avoir pas pris ses précautions à l'égard de son vendeur pour se faire indemniser de ses frais de réparations, il est moins favorable que les créanciers hypothécaires qui ne font que poursuivre leur gage, et dont l'action ne doit pas être entravée par des exceptions trop rigoureuses, afin que la confiance de celui qui a prêté ses fonds, et qui ne fait que réclamer son dû, ne soit pas trompée, d'autant que son hypothèque s'étend sur toutes les modifications que la chose a

(1) L. 79, § 1, D., *de verbor signif.*

(2) Add. Op. conf. de Battur, n. 490, où il repousse la distinction entre les diverses sortes d'impenses pour ne s'attacher qu'au fait d'amélioration. Op. conf de Cotelle, n. 218.

subies, et qu'elle a saisi les ouvrages de réparation au moment où ils se sont unis à la chose, de telle sorte que le tiers détenteur n'a pu faire ces ouvrages qu'à la charge de l'hypothèque préexistante.

En second lieu le tiers détenteur est tenu des réparations qui ont pour but d'empêcher la détérioration de la chose. Notre article s'en explique formellement, puisqu'il soumet ce tiers détenteur à une indemnité au profit des créanciers si, par sa négligence, la chose vient à dépérir. Il n'a donc pas de recours contre eux pour ces sortes d'impenses. En les faisant, il remplit un devoir dont l'omission ferait peser sur lui une responsabilité infaillible. Obligé à réparer, il doit le faire sans espoir de répétition, sauf tous ses droits contre son vendeur. Ce n'est que lorsqu'il améliore qu'il a droit à indemnité ; car, nul n'étant tenu d'améliorer, c'est alors un service qu'il rend et non un devoir qu'il accomplit. Voilà pourquoi l'amélioration lui est payée jusqu'à concurrence de la plus value.

Or il me semble que cette différence entre les immeubles *nécessaires* et *d'améliorations* est clairement inscrite dans l'art. 2175; car il met en regard et spécifie sans ambiguité les *devoirs* et les *droits* du tiers détenteur. *Ses devoirs* sont de faire les dépenses nécessaires pour que la chose ne périsse pas ; *son droit*, c'est une indemnité, non pour ces impenses, mais pour l'amélioration. Je demande si cette espèce d'antithèse qu'offre l'article 2175 n'est pas extrêmement significative ? Assurément si la loi avait voulu que les frais de réparations nécessaires fussent répétés, elle l'aurait dit, comme elle l'a dit dans les articles 861, 862, 863 et 1673 du code civil.

En troisième lieu, le créancier hypothécaire n'est pas censé s'enrichir des réparations qui maintiennent la chose dans son état de conservation ; car, faute de ces réparations la loi lui donne droit à un supplément d'hypothèque, quand les détériorations éprouvées par la chose compromettent son droit (article 2131).

En quatrième lieu, le tiers détenteur qui délaisse ne doit pas être reçu à se montrer sévère dans ses répétitions, à l'égard du créancier hypothécaire, car il ne tient qu'à lui de ne pas délaisser, en payant les charges hypothécaires. Il pouvait même purger, en offrant de payer son prix, et conserver par là la propriété de la chose. C'est donc le cas de dire que la maxime : *Nemo ex alterius damno locupletari debet*, ne reçoit pas son application. Car, suivant les docteurs, elle cesse quand il y a faute de celui qui éprouve le dommage : " Hoc iniquum non est, cum ex suo vitio hoc incom- " modo afficitur (1)." On a toujours dit *Volenti non fit injuria;* or, que le tiers détenteur soit indemnisé de ce qui a augmenté la valeur du gage entre ses mains, c'est ce qui paraît équitable sans doute. Mais tant que le créancier reste dans la position où il était, tant qu'on ne lui livre qu'un gage de même importance et valeur que celui qu'il avait dès le commencement, il ne serait pas juste d'arrêter la poursuite hyothécaire par des demandes en indemnité.

Après tout, l'article 2175 a prononcé. Faire revivre en sa présence l'opinion de Pothier, c'est se mettre en contradiction ouverte avec lui.

838 3°. Dans tout ce que nous avons dit ci-dessus, nous n'avons pas parlé de la distinction ordinaire entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi ; car cette distinction n'a lieu que quand il s'agit d'apprécier les droits d'un *simple possesseur*, tandis qu'ici il s'agit d'un *propriétaire* (2). Il y a d'ailleurs bonne foi chez le tiers détenteur ; car, bien qu'il ait su par les inscriptions que l'immeuble qu'il achetait était hypothéqué, il a toujours eu juste sujet d'espérer que le débiteur payerait la dette et amortirait l'hypothèque (3).

(1) Loyseau, liv. VI, n. 14.

(2) Loyseau, liv. VI, ch. VIII, n. 12.

(3) Add. Op. conf. de Battur, n. 490.

Grenier, au contraire, s'attache à la considération de la bonne ou de la mauvaise foi, car il dit, n. 336 : " Si le tiers détenteur qui est de

839. Un autre principe qu'il importe de remarquer, c'est que le tiers détenteur ne compense pas les améliorations avec les fruits.

Quand il s'agit d'un simple possesseur de bonne foi, on déduit des indemnités qu'il doit retirer pour améliorations, la valeur des fruits qu'il a perçus (1). Mais comme le tiers détenteur dont nous nous occupons ici est maître et seigneur de l'héritage, et qu'il gagne les fruits *jure dominii*, il n'y a pas lieu à faire déduction (2).

839 2°. L'estimation des améliorations doit en général se faire par experts (3). Néanmoins, les juges ne sont pas précisément obligés de suivre ce mode, quoiqu'il soit le moins défectueux. On a vu un tribunal décider que la plus value serait estimée par la différence entre le prix de l'acquisition et celui de la revente de l'immeuble. Sur le pourvoi formé en cassation, il fut décidé que, la loi ne fixant pas un mode d'évaluation plutôt qu'un autre, les juges avaient pu choisir celui qui leur avait paru préférable (4).

Cependant ce mode d'évaluation n'est pas sans difficulté (5). Vainement on voudrait l'étayer de ce qui est prescrit par l'article 2103 du code civil ; mais il n'y a pas parité entre les deux cas. L'article 2103 ordonne des mesures de précaution pour constater l'état de l'immeuble avant les travaux. Ici

bonne foi, tel qu'un acquéreur ou même un possesseur à tout autre titre, a fait à l'héritage des réparations ou améliorations, soit nécessaires, soit utiles, on sent qu'il doit lui en être fait raison, parce que ces améliorations, en augmentant la valeur de l'immeuble, tournent au profit de la masse des créanciers, et ils ne peuvent retirer ce profit aux dépens du tiers détenteur : *nemo jacturâ alterius locupletari potest.*"

(1) L. *Sumptus et emptor.*, D., *de rei vindicat.*

(2) Loyseau, *loc. cit.*, n. 14.

(3) Idem, n. 19.

Add. Le professeur Ernst n'admet pas qu'elle puisse se faire autrement.

(4) 29 juillet 1819 (Dalloz, *Hyp.*, p. 355).

(5) Grenier, t. II, p. 88, 89.

l'état de choses n'est nullement constaté, et ne peut pas l'être, le propriétaire n'étant pas dans la même situation que l'architecte. Le prix fixé dans le contrat d'acquisition ne peut être une boussole bien exacte, et n'équivaut pas au procès-verbal d'état des lieux requis par le même article 2103 ; car l'affection de l'acquéreur pour la chose, et beaucoup d'autres circonstances, ont pu faire donner à l'immeuble, lors de l'acquisition, une valeur de circonstance plutôt qu'une véritable valeur vénale.

839 3°. Loyseau examine la question de savoir si, dans l'estimation, les impenses doivent être prises en bloc, ou bien pièce à pièce et en détail. Les opinions étaient fort divisées à cet égard parmi les interprètes. Mais Loyseau les concilie très bien en disant que, s'il est question des améliorations, il faut nécessairement les estimer en gros ; car elles ne peuvent être dites améliorations *nisi respectu totius operis ;* mais que, s'il faut priser les impenses, il faut nécessairement que ce soit *par le menu* et par chaque article de dépense (1).

839 4° (2).

(1) *Loc. cit.*, n. 18.

(2) Add. *Le tiers détenteur a droit aux améliorations faites par son vendeur ; quand et comment.*—Battur dit, n. 492 : " Au reste, le tiers détenteur ne recouvre pas seulement par cette voie les impenses et améliorations qu'il a personnellement faites, mais encore celles qui ont été faites par son vendeur, alors même que ce vendeur ne lui a point transmis expressément ses droits pour ce regard ; mais il faut, pour cela, que ces améliorations n'aient point été faites par celui-là même qui a consenti les hypothèques : car, ne les pouvant retirer lui-même, il ne peut transmettre à son acquéreur plus de droit qu'il n'en a. C'est l'opinion de Loyseau (liv. VI, chap. VIII, n. 20).

" La cour de cassation a décidé, par arrêt du 5 novembre 1807, que le premier acquéreur, ne pouvant être qu'un créancier chirographaire, n'a pas le droit de troubler le créancier hypothécaire dont les prérogatives ne peuvent être limitées que par l'acte d'abandon, et que, en conséquence, il ne peut réclamer ses améliorations : ce qui ne fait point obstacle à ce que le dernier acquéreur recouvre à la fois les siennes propres et celles de son prédécesseur."

Duranton dit aussi, n. 273 : Le détenteur qui a fait le délaissement

839 5o (1). 839 6o (2).

ou subi l'expropriation, peut aussi obtenir indemnité pour les impenses et améliorations qui ont été faites par son auteur, en supposant que les dettes hypothécaires ne concernaient point celui-ci, mais bien de précédents propriétaires; car il a les droits de son auteur; or, si c'eût été celui-ci qui eût été poursuivi par l'action hypothécaire, il eût pu réclamer l'indemnité: donc son ayant cause le peut également. Il en serait autrement si les dettes concernaient ce dernier, car, dans ce cas, les améliorations n'auraient pu donner lieu à aucune action en indemnité, ou distraction opérée sur le prix d'adjudication de l'immeuble, attendu que, d'après l'article 2133, l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué; par conséquent, celui qui a fait le délaissement ou subi l'expropriation, n'aurait pu exercer, pour ces mêmes améliorations, des droits que n'avait pas son auteur, qui les a faites, et qui était débiteur des dettes."

(1) Add. Quid *si les impenses pouvaient s'enlever?* — Dalloz dit, n. 7: "Si les impenses utiles, dit Grenier, n. 336, étaient de nature à pouvoir " s'enlever et que le détenteur, pour éviter la discussion sur leur liqui-" dation, voulût les enlever, on ne pourrait le lui refuser." A l'égard des impenses *votupluaires*, le détenteur n'en peut demander le remboursement; mais on ne peut lui refuser la faculté de les enlever, si cela se peut sans détérioration." Op. conf. de Ernst, p. 276.

(2) Add. *Le précédent détenteur pourrait-il réclamer quelque droit à raison de ses améliorations?*—Persil dit, *Rég. hyp.*, art. 2175, n. 7: "Cet article 2175 a présenté une autre difficulté qu'il ne sera pas inutile de rapporter. On a demandé si lorsqu'un second acquéreur fait le délaissement, le premier qui n'a pas fait transcrire, mais qui, avant de vendre, a fait des impenses, peut les répéter jusqu'à concurrence de la plus value. D'un côté, on pourrait dire que les créanciers du vendeur originaire, ne devant pas profiter des améliorations au préjudice du premier acquéreur, mais devant prendre l'immeuble dans l'état où il était lors de l'aliénation, ils seraient mal fondés à s'opposer à cette déduction des impenses.

" De l'autre, on peut répondre que l'article 2175 n'accorde le droit de retenir les impenses qu'au tiers acquéreur qui fait le délaissement; que le premier acquéreur, ne pouvant être regardé que comme un créancier chirographaire, n'a pas le droit de troubler les créanciers hypothécaires, dont les prérogatives ne peuvent être limitées que par l'acte d'abandon. C'est ainsi que l'a jugé la cour de cassation, par son arrêt du 5 novembre

839 7° (1). 839 8° (2).

1807, rapporté dans sa *Jurisprudence*, an 1808, 3e cahier. "Op. conf. de Ernst, p. 276; de Bailleroy de Rinville, t. II. p. 423.

"Cet arrêt, dit Pannier, p. 299, semble froisser la maxime d'équité: *Nemo ex jacturâ alienâ locupletari debet;* car le précédent tiers possesseur ayant augmenté la valeur du fonds, les créanciers ne devraient pas profiter de cette plus value."

Jurisprudence.—Le droit de rétention (s'il existe) n'appartient qu'au tiers détenteur proprement dit, et nullement aux possesseurs antérieurs auxquels l'immeuble a pu appartenir à d'autres titres. Douai, 18 mars 1840 (S.-V., XL, 2, 289; D. P., XL, 1, 620).

(1) Add. *Le créancier poursuivant peut-il demander la suppression des améliorations sans indemnité pour le tiers détenteur?*—Ernst répond, p. 275: "Il faut, suivant l'avis du professeur Van Hoogten, distinguer, d'après l'article 555. Si elles ont été faites après la sommation, elles l'ont été de mauvaise foi et, conséquemment, aux risques et périls du détenteur qui peut être contraint de les enlever; mais si elles ont été faites avant la sommation, elles l'ont été de bonne foi, puisque le tiers détenteur était propriétaire, et quoiqu'il connût l'existence de l'hypothèque, il pouvait croire qu'on n'en viendrait pas à l'expropriation, et conséquemment il ne pourrait être contraint à cette suppression."

(2) Add. *L'article* 2175 *s'applique-t-il exclusivement aux immeubles?*—*Jurisprudence.*—La disposition de l'art. 2175 est applicable même au cas d'améliorations faites à un *meuble* par l'acquéreur de ce meuble, entre les mains duquel il est revendiqué par un créancier privilégié du vendeur. Douai, 29 août 1842 (S.-V., XLIII, 2, 416).

---

§. 5. *De l'exception résultant d'une créance privilégiée ou hypothèque antérieure.*

2073. Le détenteur qui a reçu l'immeuble en paiement d'une dette privilégiée ou hypothécaire antérieure à celle pour la-

§. 5. *Of the exception resulting from a privileged claim or a prior hypothec.*

2073. The holder who has received the immoveable in payment of a privileged debt or of an hypothecary claim prior

quelle il est poursuivi, ou qui a acquitté des créances hypothécaires antérieures, peut avant d'être forcé à délaisser, exiger que le créancier poursuivant lui donne caution de faire porter l'immeuble à si haut prix que le détenteur sera payé intégralement de ses créances privilégiées ou antérieures.

to that brought against him, or who has paid a prior hypothecary claim, has a right, before being compelled to surrender, to obtain from the party suing him security that the immoveable will bring a sufficient price to ensure the payment of his privileged or prior claim.

---

* 2 *Troplong, sur art.* 2170 *n*° 803 *et s.* } 803. Le code ne parle dans notre article que de l'exception de discussion : mais il en est plusieurs autres dont s'occupent les auteurs.

La première est l'exception pour raison d'impenses que le détenteur aurait faites sur l'immeuble. Je m'en occuperai sur l'art. 2175.

804. La deuxième a lieu, suivant quelques-uns, pour raison des hypothèques que le tiers détenteur pourrait avoir sur l'immeuble, et qui lui assurent un rang *antérieur* au créancier poursuivant.

On a soutenu d'après la loi 12, D., *qui potior in pign.*, que, dans ce cas, le tiers détenteur pouvait avec fondement s'opposer à l'expropriation, ou même au délaissement, si toutefois il paraissait évident que son hypothèque antérieure fût de nature à absorber la valeur du fonds. Quel serait alors le profit du créancier poursuivant ? Il serait absolument nul. L'expropriation ne lui procurerait en aucune manière le payement de sa créance. Elle ne fait qu'occasionner des frais considérables, qui, diminuant d'autant la valeur de l'immeuble, empêcheraient peut-être le tiers détenteur d'être payé de la totalité de son dû, tandis que, sans ces poursuites,

il aurait conservé l'immeuble, et y aurait trouvé une compensation suffisante à sa créance (1).

Cette opinion a une grande apparence d'équité, et elle a été adoptée par arrêt de la cour de Rouen, du 14 décembre 1815 (2).

Néanmoins elle n'est pas exactement vraie, et il faut lui apporter une modification.

En effet, il est certain en principe que le créancier premier en hypothèque, qui achète, sans formalités d'adjudication, la chose sur laquelle est assise cette hypothèque, est assimilé à un tiers détenteur étranger, et que les autres créanciers hypothécaires, quoique postérieurs, peuvent le poursuivre hypothécairement : " Ex adverso, dit Voet, si creditor *anti-* " *quior* pignus, non actione publicâ, sed privatim, à debitore " comparaverit, liberum reliquis creditoribus est adversus " cum hypothecariâ agere, et pignus evincere, perindè ac si " extraneo debitor pignus vendidisset." (L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vend.* (3).)

Je sais bien que, par la loi 1, C., *si antiquior*, que je viens de citer, le créancier postérieur qui voulait poursuivre par l'action hypothécaire le créancier antérieur devenu acquéreur du gage commun, devait offrir à ce dernier de lui payer sa créance ; sans quoi, il n'était pas écouté dans son action. Mais cela tient à ce que, par le droit romain (4), tous les créanciers indistinctement n'avaient pas le droit de faire vendre l'immeuble, qu'il n'y avait que le créancier premier en rang qui pût faire procéder à l'adjudication. Pour que le créancier suivant pût requérir la mise en vente, il fallait qu'il se mît au droit du premier, en lui payant ce qui lui était dû. Ceci n'a pas lieu en France : on y a toujours tenu *qu'une*

(1) Pothier, Orl., t. XX, n. 40 ; Grenier, t. II, n. 335.

(2) Den., XVI, 2, 125. Il a été cassé le 10 février 1818 (Dalloz, *Hyp.*, p. 340).

(3) Lib. XX, t. V, n. 10. Favre, *Cod.*, lib. VIII, t. XI, def. 4.

(4) *Suprà*, n. 355.

hypothèque n'empêche pas l'autre, et que tout créancier a indistinctement le droit de saisie immobilière.

Seulement, on craint ici que les frais de saisie ne consomment inutilement la valeur de l'immeuble. Mais comment peut-on savoir que la véritable valeur de l'immeuble sera plus qu'absorbée par la créance antérieure du tiers détenteur, et par les frais ? En général, il n'y a, dans le système du code, peut-être trop confiant à cet égard, que l'adjudication qui soit censée faire porter la chose à un prix dont les créanciers ne puissent pas se plaindre. Ordonnera-t-on une expertise, comme le fit dans un cas à peu près semblable le parlement de Paris, par arrêt du 16 juillet 1641 (1)? Mais on répondra que ce moyen présente moins de sûreté que l'adjudication, la chaleur des enchères pouvant quelquefois élever le prix de la vente bien au delà de la valeur intrinsèque.

Ainsi, le second créancier hypothécaire qui poursuit la vente, peut toujours répondre avec avantage qu'il est possible que l'adjudication fasse monter le prix de la chose à une valeur plus que suffisante pour acquitter les frais, et payer le tiers détenteur premier en hypothèque. L'exception du tiers détenteur n'est donc pas aussi bien fondée en droit qu'elle le paraît en équité, et elle résiste à l'article 2169 du code civil, qui donne à tout créancier inscrit le droit de faire vendre la chose sur le tiers détenteur. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 10 février 1818 portant cassation de celui de Rouen (2).

Néanmoins, comme il serait possible qu'en réalité l'adjudication ne produisit aucun autre résultat que de consommer en frais de justice une grande partie de la valeur de l'immeuble, la pratique a introduit l'usage d'ordonner, tout en rejetant l'exception, que le créancier poursuivant donnera bonne et valable caution de faire porter l'immeuble à si haut

(1) Henrys, liv. IV, quest. 29, ch. VI. *Infrà*, n. 805.

(2) Dalloz, *Hyp.*, p. 340 ; Sirey XVIII, 1, 173. Dalloz n'a pas donné les faits de cet arrêt.

prix, que le tiers détenteur sera payé *intégralement* de sa créance première en rang (1) ; par ce moyen, tous les droits

(1) Pothier, Orléans, t. XX, n. 40 ; Grenier, t. II, n. 335, p. 81.

Add. Après avoir cité l'opinion de Henrys, analysée par Troplong, n. 805, Grenier ajoute, n. 51 : " Pothier, sans citer les anciennes autorités qu'il connaissait certainement, est allé droit au but, en s'expliquant sur cette question, *Introd. au tit. XX de la Cout. d'Orléans*, n. 40. Il admet l'exception du tiers détenteur, *si mieux n'aime le demandeur donner caution de faire monter l'héritage à si haut prix que le défendeur soit payé de ses créances.* On pourrait dire que ce tempérament serait inadmissible aujourd'hui, d'après l'article 2169 du code civil. Il est dit dans cet article que, faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une ou à l'autre de ces obligations (de payer le créancier, ou de délaisser), chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, etc. Il y a là une disposition impérative. Cependant, dès que cet article ne prévoit pas le cas de l'antériorité des créances du tiers détenteur, on ne pourrait l'opposer comme devant empêcher l'admission de la mesure du bail de caution. On pourrait encore être porté à l'admettre, selon des circonstances particulières qui se présenteraient, et d'après des consentements qui pourraient être donnés par d'autres créanciers.

" Un arrêt de la cour royale de Rouen, du 14 décembre 1815, a jugé qu'un créancier devait être débouté de sa demande en poursuite d'hypothèque, sur le fondement que le tiers détenteur avait des créances hypothécaires antérieurs ; que cette préférence lui assurait la totalité du prix auquel le bien pourrait s'élever ; qu'il ne doit rien se faire de frustratoire en jugement, et qu'on doit éviter toute procédure, qui, en définitive, ne serait d'aucnn effet, et ne serait d'aucune utilité pour les parties. Mais comment ce fait était-il évident ? Le jugement des premiers juges, qui avait statué différemment, était fondé sur ce que, quelle que fût l'antériorité des hypothèques, cela était indifférent, parce que, dès que le créancier poursuivant était créancier hypothécaire, il n'en avait pas moins le droit d'exproprier, sauf à régler la priorité d'hypothèque, lors de *l'état d'ordre*. Cependant, le tiers détenteur n'avait pas demandé que le créancier fût au moins tenu de donner caution de faire monter l'immeuble à si haut prix, que lui tiers détenteur fût payé de ses créances ; on ne voit pas non plus que le créancier eût offert ce bail de caution : en sorte qu'on pourrait considérer l'arrêt de la cour royale comme n'ayant pas précisément jugé la question sous le rapport sous lequel je l'ai présentée."

sont garantis et les principes sauvés. Je crois que cet usage n'a rien de contraire au code civil. *Nec obstat* ce que j'ai dit *suprà*, n° 795 5°, savoir, que le créancier premier en rang qui veut s'emparer du gage commun, n'a pas droit d'exiger des créanciers inférieurs requérant l'adjudication, qu'ils donnent caution de faire valoir l'immeuble à un prix suffisant pour l'indemniser loyalement et quittement. Ce dernier cas est différent de celui dont je m'occupe en ce moment. Ici le créancier est acquéreur : il cherche à conserver un droit acquis en opposant une exception à ceux qui viennent le troubler. Dans le n° 795 5°, au contraire, je parle d'un créancier qui n'a aucun droit de propriété sur la chose, qui n'a de préférence que sur le prix de l'héritage, et qui loin de pouvoir s'opposer à la vente, semble n'avoir d'autre intérêt que de la hâter pour profiter des sommes qu'elle produira. A la vérité, la cour de cassation ne parle pas, dans son arrêt du 10 février 1818, de cette obligation de donner caution ; mais il ne faudrait pas croire qu'elle la rejette par son silence : dans l'espèce sur laquelle il a été statué, il n'en avait pas été question entre les parties, et le tiers détenteur n'avait pas songé à la demander (1).

(1) Dalloz est d'une opinion contraire (*Hyp.*, p. 356, 357), mais à tort, à mon avis. Voy. *infrà*, n. 836.

Add. Duranton dit aussi, n. 237 : " Puisque, d'après l'article 2169, et dans le cas qui est prévu, *chaque* créancier hypothécaire peut faire vendre l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement au débiteur, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible, ou de délaisser l'héritage, il suit de là que, quand bien même le tiers détenteur serait au nombre des créanciers inscrits sur l'immeuble, qu'il serait antérieur à celui qui le poursuit, et que, de plus, il devrait évidemment absorber le prix de la revente, la poursuite hypothécaire n'en pourrait pas moins avoir lieu contre lui, s'il n'avait pas rempli, dans les délais de droit, les formalités prescrites pour la purge. C'est ce qu'a jugé, et avec raison, la cour de cassation, le 10 février 1818, par application de notre article 2169, qu'avait en pareil cas, manifestement méconnu la cour de Rouen, dans son arrêt du 4 décembre 1815. D'ailleurs, comme ce n'est que par la revente de l'immeuble qu'on peut savoir au juste si

804 2° (1).

805. La troisième exception, relevée par quelques auteurs,

l'acquéreur, premier créancier hypothécaire inscrit, absorbera ou non en totalité la valeur de l'immeuble pour être payé de sa créance, cet acquéreur ne doit pas pouvoir le supposer d'avance, puisque, dans beaucoup de cas, les apparences pourraient tromper."

(1) Add. *Mais dans ce cas la créance hypothécaire de ce tiers détenteur ne serait pas éteinte par compensation ou par confusion.* — Duranton poursuit en disant, n. 238 : " Mais il faut observer que, dans ce cas, les créanciers hypothécaires postérieurs à l'acquéreur, aussi créancier inscrit sur l'immeuble, ne pourraient prétendre, quand bien même le prix de vente et la créance de l'acquéreur seraient devenus exigibles au temps de la poursuite, qu'il s'est opéré compensation de sa créance avec sa dette ; en conséquence, que sa propre hypothèque est éteinte, et qu'il reste néanmoins soumis à l'effet des leurs en sa qualité de détenteur : il y aurait évidente injustice (l. 1, C., *si antiq. cred.*). Il reste à leur égard dans le même état qu'avant son acquisition ; car de deux choses l'une : ou le prix de la vente a servi à éteindre sa créance, par voie de compensation, et alors, comme premier créancier inscrit, c'est lui qui doit en profiter ; or il n'en profiterait pas si les créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque pouvaient faire revendre sur lui l'immeuble, sans lui en tenir compte sur le produit de la revente ; ou bien la compensation doit être considérée comme n'ayant pas eu lieu, et alors on peut bien faire revendre sur lui l'immeuble, mais du moins il sera dispensé de payer le prix de sa propre acquisition, et il conservera, en outre, le droit de réclamer le payement de sa créance, et au rang d'hypothèque que lui assigne son inscription.

" Les autres créanciers ne pourraient pas non plus lui objecter que, par l'acquisition de l'immeuble, il s'est opéré confusion, et qu'ainsi son hypothèque est éteinte, parce qu'on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose ; car il répondrait que la confusion n'a produit que des effets limités, subordonnés à la condition qu'il ne serait point évincé de la chose par suite de l'action hypothécaire d'autres créanciers. Tel est le vœu de l'article 2177.

" Enfin, la décision serait la même, encore que l'immeuble lui eût été abandonné en payement de sa créance, ou que, cédé moyennant un prix déterminé, il eût été convenu expressément entre lui et son débiteur cédant, que ce prix viendrait en compensation avec sa créance, en tout ou partie ; car l'extinction de la créance et de l'hypothèque serait toujours subordonnée, dans le cas dont il s'agit, à la condition qu'il n'y aurait pas éviction hypothécaire de la part d'autres créanciers."

et qui a beaucoup de rapport avec la précédente, c'est l'exception tirée de ce que le tiers détenteur aurait payé jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble des créanciers hypothécaires antérieurs au poursuivant, et dont il a subrogation légale.

Henrys soutient avec force que cette exception est fondée sur la nécessité d'empêcher de consommer en frais d'expropriation la chose achetée par le tiers détenteur. Il n'est pas raisonnable, dit-il, qu'un tiers acquéreur, qui a payé les premiers créanciers et autant ou plus que le fonds peut valoir, puisse être dépossédé impunément et sans apparence de profit par un dernier créancier, et que celui-ci fasse vendre opiniâtrement un fonds sur lequel il n'a rien à prendre, suivant les apparences. Tout au moins faut-il que ce créancier donne caution de le faire valoir plus qu'il n'est estimé, et de se charger des frais, dommages et intérêts qu'il peut causer par une poursuite volontaire et frustratoire (1).

C'est aussi l'opinion de Bretonnier, annotateur de Henrys.

Ce cas doit être décidé par les mêmes raisons et de la même manière que le cas précédent. Au moyen de la subrogation légale, l'acquéreur remplace les créanciers qu'il a payés dans l'hypothèque antérieure qu'ils avaient. C'est donc comme si originairement il avait eu de son chef une hypothèque antérieure au créancier poursuivant.

Or, j'ai dit plus haut que le tiers détenteur ne pouvait dans ce cas empêcher la continuation des poursuites ; qu'il pouvait seulement exiger que le poursuivant donnât caution de faire valoir la chose à un prix assez haut pour ne pas souffrir de la recherche.

Cependant un arrêt du Parlement de Paris, du 16 juillet 1641, rendu sur les conclusions conformes de Talon, avocat général, et rapporté par Henrys, *loc. cit.*, en a jugé autrement dans un cas où un dernier créancier voulait faire vendre un immeuble à lui hypothéqué sur le *tiers détenteur* qui avait

(1) Liv. IV, ch. VI, t. II, p. 29.

employé le prix à payer des créanciers antérieurs en hypothèque. Le parlement ordonna par cet arrêt que l'immeuble serait expertisé, afin de connaître quelle était sa véritable valeur, et de savoir s'il y avait espoir que le poursuivant pût par la vente forcée profiter de quelque chose. Mais, l'expertise ayant établi que l'immeuble avait été payé par l'acquéreur à sa véritable valeur, la cour jugea par un arrêt définitif du 14 juillet 1642, sur les conclusions conformes de Talon, que l'acquéreur ne pourrait être inquiété.

Ces arrêts ne peuvent faire aujourd'hui aucune autorité. On ne doit pas hésiter à les rejeter (1).

SECTION II

DE L'EFFET DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

2074. L'aliénation par un détenteur poursuivi hypothécairement est sans effet à l'égard du poursuivant, à moins que le nouvel acquéreur ne consigne le montant de la dette, intérêt et dépens dus au créancier poursuivant.

SECTITON II

OF THE EFFECT OF THE HYPOTHECARY ACTION.

2074. The alienation of an immoveable by the holder against whom the hypothecary action is brought, is of no effect against the creditor bringing the action, unless the purchaser deposits the amount of the debt, interest and costs due to such creditor.

* *Sts. Ref. B. C., ch.* 47, *s.* 1. } 1. Toute vente ou aliénation, à quelque titre que ce soit, d'un immeuble grevé d'hypothèques dûment enregistrées avant telle vente ou aliénation, après qu'une poursuite aura été intentée pour le recouvrement de la créance au paiement de laquelle le dit immeuble est affecté, sera nulle à l'égard du créancier qui aura intenté telle poursuite, lequel pourra faire procéder à

(1) Grenier, t. II, p. 81, n. 335. *Suprà*, n. 795 2°.

la saisie et vente de tel immeuble sur le défendeur dans telle poursuite comme si telle vente ou aliénation n'avait pas eu lieu :

2. Pourvu que dans tel cas l'acquéreur de tel immeuble ainsi saisi pourra empêcher la vente d'icelui en offrant, avec son opposition, et déposant au bureau du shérif, le montant de la dette pour laquelle tel immeuble est affecté, en capital, intérêt et frais, et non autrement ; et tel dépôt étant ainsi fait, le shérif paiera immédiatement au demandeur et créancier poursuivant le montant de la dette en capital, intérêt et frais ; et aucune telle opposition n'aura l'effet d'empêcher et suspendre telle saisie et vente si elle n'est accompagnée des dits offre et dépôt. 22 V. (1859) c. 51, s. 1.

2075. Le détenteur poursuivi hypothécairement peut délaisser l'immeuble avant jugement. S'il ne l'a fait auparavant, il peut être condamné à le délaisser dans le délai ordinaire ou fixé par le tribunal, et à défaut de le faire, à payer au demandeur le montant entier de sa créance.

L'immeuble doit être délaissé dans l'état où il se trouve, sans préjudice aux dispositions contenues aux articles 2054, et 2055.

2075. The holder against whom the hypothecary action is brought may surrender the immoveable before judgment. If he do not, he may be condemned to surrender it within the usual delay or the period fixed by the court, and in default thereof to pay the plaintiff the full amount of his claim.

The immoveable must be surrendered in the condition in which it then is, subject to the provisions contained in articles 2054 and 2055.

Voy. autorités sur art. 2034.

* 9 *Pothier* (*Bugnet*), *Hypoth.*, *n*o 106 *et s.* } 106. L'effet de cette action est de faire condamner le tiers détenteur à délaisser l'héritage hypothéqué.

Le tiers détenteur peut néanmoins éviter ce délais, soit avant la sentence, soit même après qu'il y a été condamné, en offrant au créancier le paiement de sa créance, si c'est une créance d'une somme exigible : mais il faut que le paiement qu'offre le détenteur, pour éviter le délais, soit le paiement de toute la dette à laquelle l'héritage est hypothéqué, et de tous les accessoires de cette dette; c'est-à-dire de tous les intérêts et frais. Pour peu qu'il restât quelque chose de dû, il serait tenu au délais de tout ce qu'il possède, les biens hypothéqués étant hypothéqués en total, non-seulement à toute la dette, mais à tout ce qui peut en rester dû, quelque peu qu'il en reste.

107. Lorsque c'est une rente à laquelle l'héritage est hypothéqué, le tiers détenteur, pour éviter le délais, doit non-seulement offrir de payer tous les arrérages qui en sont dus, et les frais qui peuvent être dus au créancier pour raison de ladite rente, mais il doit encore offrir au créancier de passer un titre nouvel par-devant notaire, par lequel il s'oblige à continuer la rente tant qu'il sera détenteur de l'héritage hypothéqué (1).

108. Le tiers détenteur d'un héritage hypothéqué à une rente ne devant, pour éviter le délais, s'obliger à la rente que tant qu'il est détenteur, si, par l'erreur du notaire (comme il arrive assez souvent), il était dit purement et simplement qu'il *s'oblige à la rente*, il serait néanmoins présumé s'y être obligé seulement pour le temps qu'il serait détenteur (2).

Il y a plus : quand même le titre nouvel porterait formellement " qu'il s'est obligé à la continuation de la rente pour toujours, et tant qu'elle aurait cours ", on présumerait encore

(1). Il peut être sans doute contraint à reconnaître l'hypothèque, mais non à passer titre nouvel par acte notarié. (Bugnet).

(2). A moins qu'il ne soit prouvé qu'il y a eu erreur, il faut s'en tenir à ce que porte l'acte. (Bugnet).

favorablement que ces termes se seraient glissés par erreur, et par style de notaire, parce qu'on croit difficilement qu'un homme ait voulu s'obliger à plus qu'il ne doit, à moins qu'il ne parût quelque cause pour laquelle il aurait augmenté son obligation, et se serait ainsi obligé à payer la rente indéfiniment, et tant qu'elle aurait cours : *Putà*, s'il avait reçu quelque chose pour cela, qu'on lui eût remis des arrérages. C'est le sentiment de Loyseau, liv. 4, chap. 4, n° 15 et 16.

109. Le détenteur ayant la faculté d'éviter le délais, en offrant de payer, ou de passer titre nouvel; dans les sentences qui interviennent sur des actions hypothécaires, et qui condamnent le détenteur à délaisser les héritages hypothéqués, il y a toujours la clause : *Si mieux n'aime payer*, ou, *si mieux n'aime passer titre nouvel*, etc.

Quand même cette clause ne serait pas dans la sentence, elle y doit être toujours sous-entendue, car elle est de la nature de l'action hypothécaire, le créancier n'ayant aucun autre intérêt au délais des héritages hypothéqués, que de se procurer le paiement de sa dette en les faisant vendre ; il est mis hors d'intérêt, et ne peut plus prétendre ce délais, lorsqu'on offre de le payer.

110. Observez que le paiement de la dette hypothécaire n'est, de la part du détenteur de l'héritage hypothéqué, que *in facultate solutionis*, pour éviter le délais : il n'est pas *in obligatione ;* car le tiers détenteur n'est point débiteur de cette dette, il ne l'a point contractée, ni succédé ou participé aux obligations personnelles de ceux qui l'ont contractée. On ne laisse pas néanmoins de conclure assez souvent contre le tiers détenteur, qu'il soit tenu de payer la dette hypothécaire, si mieux il n'aime délaisser, et de rendre des sentences conformes à ces conclusions ; mais ces conclusions et ces prononciations ne sont pas exactes dans l'élocution : c'est mettre la charrue devant les bœufs (1) ; Loyseau, liv. 3, chap. 4.

(1) C'est ainsi qu'a procédé le rédacteur de l'art. 2168, C. civ. (ou payer ce qui est exigible, ou délaisser). (Bugnet).

Au reste, elles n'en sont pas moins valables ; et nonobstant le renversement d'ordre dans l'élocution, c'est le délais qui est considéré comme l'objet, et des conclusions, et de la prononciation ; le paiement de la dette n'est qu'une faculté accordée au détenteur pour éviter le delais.

Le tiers détenteur ne peut être condamné à autre chose qu'au délais de l'héritage, en l'état qu'il se trouve : il n'est point tenu des dégradations qu'il y a faites avant la demande ; car il a pu négliger un héritage qui lui appartenait et le dégrader.

111. Cette décision a lieu, quand même ce tiers détenteur aurait eu connaissance de l'hypothèque, et même dans le cas auquel il aurait été déjà assigné en interruption, et que l'héritage aurait été déclaré hypothéqué ; car, tant qu'on ne donne pas contre lui de demande hypothécaire, aux fins de délaisser l'héritage, il demeure maître de faire de son héritage ce que bon lui semble ; et il peut penser que le créancier trouve son débiteur personnel suffisant.

Elle a aussi lieu quand même il aurait retiré du profit de ces dégradations.

Par exemple, si le tiers détenteur a abattu des bois de haute futaie, et les a vendus, il n'est point obligé à rapporter le prix qu'il en a touché (1).

112. Il y a plus : quand même ces bois abattus seraient encore sur la place, le créancier ne pourrait les prétendre ; car, étant devenus meubles, ils n'ont plus de suite par hypothèque.

A plus forte raison, le tiers détenteur n'est point tenu au rapport des fruits qu'il a perçus avant la demande.

Mais il est tenu du rapport des fruits, et des dégradations qu'il a faites depuis la demande ; car il devait délaisser aussitôt que la demande a été donnée contre lui ; et le

(1) La doctrine du Code dans l'art. 2175, C. civ., est certainement préférable, et on ne reconnait point ici l'équité ordinaire de Pothier. (Bugnet).

créancier ne doit pas souffrir de la demeure en laquelle le détenteur a été de délaisser.

113. Lorsque l'héritage est hypothéqué, soit généralement, soit même spécialement, à une rente constituée, le tiers détenteur n'est point obligé à payer les arrérages courus pendant le temps de sa détention, pour qu'il puisse délaisser, soit qu'il délaisse avant ou depuis la contestation en cause. Les articles 102 et 103, de la coutume de Paris, et les articles 409 et 410 de la nôtre, qui obligent le détenteur d'un héritage sujet à rente foncière, qui ne déguerpit qu'après contestation en cause, à payer des arrérages de son temps, ne doivent point s'étendre à l'action hypothécaire qui a lieu pour rentes constituées. C'est le sentiment de Loyseau, liv. 5, chap. 15, n° 8.

La raison est que les peines ne s'étendent point d'un cas à un autre ; c'est pourquoi la peine de la contestation en cause, prononcée par ces coutumes dans le cas de l'action en reconnaissance et payement de rente foncière, ne doit pas s'étendre à l'action hypothécaire (1).

114. Cette décision, que le tiers détenteur qui délaisse n'est pas obligé de payer les arrérages de la rente constituée, courus pendant son temps, a lieu quand même il aurait eu connaissance de la rente, et quand même il aurait été expressément chargé, non de la rente, mais de l'hypothèque, suivant que l'enseigne Loyseau (*ibid.*). Et en cela la rente constituée est différente de la rente foncière.

La raison de différence vient de la différente nature du droit de rente foncière et du droit d'hypothèque. La rente foncière étant due par l'héritage plutôt que par la personne, ce droit consiste à exiger du possesseur de l'héritage la prestation de la rente ; par conséquent celui qui achète l'héritage, avec la connaissance de cette charge, est censé s'y soumettre, et ainsi s'obliger à la prestation de la rente. Au con-

(1) Il faut aujourd'hui admettre cette décision pour toute espèce de rente ; le tiers détenteur n'étant pas personnellement débiteur, il n'est tenu que hypothécairement ; il peut donc délaisser. (Bugnet).

traire, le droit d'hypothèque, même spéciale, qu'a sur un héritage le créancier d'une rente constituée, ne consiste pas dans le droit d'exiger du possesseur de l'héritage la prestation de la rente qui est due par la personne qui l'a constituée. Ce droit d'hypothèque consiste seulement, suivant qu'il résulte de la définition de l'hypothèque, dans le droit qu'a le créancier de se faire délaisser l'héritage et de le faire vendre lorsqu'il ne sera pas payé par son débiteur.

De là il suit que celui qui achète l'héritage, quoiqu'avec connaissance de la rente, et quoiqu'on le charge de l'hypothèque, pourvu qu'on ne le charge pas de la rente, n'est pas pour cela censé s'obliger à la prestation de la rente, mais seulement se charger d'abandonner l'héritage au cas que le créancier demande qu'on le lui délaisse, et, par conséquent, il n'est point tenu des arrérages courus pendant le temps de sa détention (1).

115. Si le tiers détenteur a été chargé par le débiteur de qui il a acquis, de continuer la rente, il n'est pas douteux qu'il est personnellement tenu des arrérages courus pendant sa détention ; et s'il y avait avant sa détention d'anciens arrérages dont il n'eût pas été chargé, il pourrait délaisser pour éviter de payer lesdits arrérages, mais il demeure obligé à ceux courus pendant le temps de sa détention.

116. S'il n'a pas été chargé de la rente, mais que pour éviter le délais il ait passé titre nouvel, et que par la suite, *meliùs consultus*, il veuille délaisser, il demeure obligé aux arrérages courus pendant sa détention, il est même obligé à ceux courus auparavant, s'il s'est obligé à les payer par le titre nouvel, comme il est d'usage, le créancier ne pouvant être obligé d'accepter son titre nouvel qu'il ne s'y soit obligé ; Loyseau, liv. 5, chap. 15, n° 19. Mais quoiqu'en délaissant il demeure obligé au paiement des arrérages courus pendant sa détention et auparavant, il n'est pas absolument néces-

(1) Tout ce que dit ici Pothier sur la rente constituée, doit s'appliquer même à la rente foncière, la nature du droit quant à cette rente ayant changé. (BUGNET).

saire, pour que son délaissement soit valable et qu'il soit déchargé de la rente pour l'avenir, qu'il les ait préalablement payés avant que de délaisser, et en cela le délais pour hypothèque est moins rigoureux que le déguerpissement pour rente foncière comme l'observe Loyseau (*ibid.*).

117. Si le détenteur ne s'est chargé de la rente, ni par son contrat d'acquisition, ni par un titre nouvel, ni en entrant en paiement depuis la condamnation, je pense qu'il ne serait tenu d'aucuns arrérages, pas même de ceux courus depuis la condamnation, mais qu'il est seulement tenu de rendre compte des fruits depuis la demande. Loyseau paraît d'avis différent.

118. Le tiers détenteur n'est pas non plus obligé pour délaisser, d'acquitter les hypothèques, servitudes et autres charges réelles qu'il a lui-même imposées.

Il n'est pas non plus obligé absolument de sommer en cause son garant avant que de délaisser : mais il est beaucoup de son intérêt de le faire, car, si le garant n'a pas été sommé, il peut dire, lorsqu'il sera par la suite assigné en garantie, que, s'il l'eût été d'abord, il eût payé ce qu'il doit, et fait cesser la demande.

Par conséquent, en payant le créancier, il sera renvoyé de la demande du détenteur évincé, sauf à ce détenteur, si l'héritage n'a pas encore été adjugé, à rentrer dans l'héritage, mais en payant tous les frais faits sur le délais et la saisie, sans aucun recours contre le garant, faute de l'avoir sommé. Et si l'héritage est déjà adjugé, par la même raison le garant devra être renvoyé de l'assignation, en offrant de tenir compte au détenteur de la partie du prix de l'adjudication pour laquelle le créancier du garant a été mis en ordre après tous les frais, au lieu que, si le détenteur avait mis en cause d'abord son garant, il l'aurait fait condamner en tous ses dommages et intérêts, résultant de l'éviction, faute par lui de lui avoir manqué de garantie et de n'avoir pas fait cesser la demande en payant.

119. Le délais que fait le détenteur n'est que le délais de

la possession de l'héritage, auquel héritage on crée un curateur, sur lequel le créancier doit le faire saisir et vendre par décret; le détenteur qui en fait le délais, en demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication; il est toujours recevable à y rentrer, en offrant de payer tous les frais qui se sont faits depuis le délais.

Par la même raison, les hypothèques, servitudes et autres droits réels qui ont été imposés par le détenteur qui a délaissé l'héritage, ne laissent pas de subsister nonobstant le délais, ils ne sont purgés que par l'adjudication; et ceux à qui ils appartiennent et qui se sont opposés, peuvent être mis en ordre sur le prix, s'il en reste quelque chose, après que le créancier qui a fait délaisser l'héritage aura été entièrement acquitté.

120. Si l'héritage n'est pas d'une assez grande valeur pour mériter les frais d'un décret solennel, le créancier, en vertu d'une permission que le juge accorde, eu égard à la modicité de la valeur de l'héritage, peut en poursuivre la vente sur une simple affiche et trois publications.

Régulièrement le créancier ne doit pas prendre en paiement de sa dette l'héritage qui est délaissé, mais il doit le faire vendre; néanmoins, on le lui permet quelquefois (1).

121. Parmi nous, on ne s'adresse pas au prince, et le juge permet quelquefois au créancier de prendre en paiement de ses créances, et pour l'estimation qui en sera faite, l'héritage qui sera délaissé, lorsqu'il est évident que ses créances absorbent et au delà le prix que pourrait être vendu l'héritage, et surtout lorsque ses créances sont privilégiées ou favorables, ou lorsque l'héritage est de si peu de valeur que les frais absorberaient la plus grande partie du prix.

(1) Nos lois nouvelles n'ont point admis ces modifications, qui cependant auraient été utiles tant au débiteur qu'au créancier. (BUGNET).

2076. Le tiers-détenteur peut-être condamné personnellement à payer les fruits qu'il a perçus depuis l'assignation, et les dommages qu'il a pu causer à l'immeuble depuis la même époque.

2076. The holder may be condemned personnally to pay the rents, issues and profits which he has received since the service of process, and any damages he may have caused to the immoveable since that time.

Voy. *C. N.* 2175, cité sur art. 2055 et *Pothier*, sur art. 2075.

---

* *C. N.* 2176. } Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont pas dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser, et, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite.

Lahaie, sur art. 2176 *C. N.* } *Pandectes françaises.*—Notre article établit ici une présomption de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de la demander.

Persil, Régime hypothécaire.—Que le tiers détenteur soit de bonne ou mauvaise foi, qu'il soit acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit, il ne doit les fruits que du jour de la sommation. Si cependant il y avait eu dol, et que l'on fit rescinder le contrat, il devrait rapporter tout ce qu'il aurait perçu.

Grenier, Traité des hypothèques, n. 444.—S'il n'a point été fait de sommation à l'acquéreur, il n'est tenu envers les créanciers, des intérêts du prix de la vente, qu'à compter du jour de la notification qu'il leur fait, aux termes de l'art. 2183.

Duranton, t. 20, n° 276.—Pour que les fruits soient dus

par le détenteur, à compter de la sommation de payer ou de délaisser, il suffit qu'il ait été sommé par l'un des créanciers ; les fruits alors profiteraient également aux autres. Mais si ce créancier venait à être désintéressé avant l'intervention des autres dans la saisie, il faudrait une nouvelle sommation pour faire cesser le tiers détenteur de gagner les fruits.

Merlin, R., v. tiers détenteur, n° 13.—Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué gagne les fruits, jusqu'à ce que la connaissance positive de l'existence de l'hypothèque lui ait été donnée par la sommation de payer ou de délaisser. Cette disposition ne doit pas être confondue avec celle de l'art. 689 du Code de procédure civile ; car autre chose est la restitution des fruits, qui intéresse principalement le tiers détenteur ; autre chose est l'immobilisation des fruits, qui est indifférente au tiers détenteur, et qui n'a de rapport qu'au mode de distribution entre les créanciers. (Voir art. 549, 550 du Code civil.)

Troplong, Commentaire des priviléges et hypothèques, n° 840 *bis*.—On a élevé une question qui paraît véritablement singulière ; elle consiste à savoir si les fruits dus par le tiers détenteur doivent être distribués au marc le franc entre tous les créanciers hypothécaires et chirographaires.

M. Tarrible soutient que ces fruits sont meubles, et il soutient qu'il n'y a d'immobilisés que les fruits échus depuis la dénonciation de la saisie. La conclusion qu'il tire de cet état de choses, c'est que les fruits échus depuis la sommation jusqu'à la dénonciation au saisi, doivent être distribués au marc le franc entre tous les créanciers, tant chirographaires qu'hypothécaires, tandis que les fruits échus depuis la dénonciation au saisi sont immeubles, et doivent être distribués entre tous les créanciers hypothécaires.

Mais cette opinion n'est pas soutenable, et il faut décider que les fruits sont immobilisés par la sommation.

2077. Le délaissement et la vente se font en la manière prescrite au Code de Procédure Civile.

2077. The surrender and sale are effected in the manner prescribed in the Code of Civil Procedure.

* *C. N.* 2174. } Le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens, et il en est donné acte par ce tribunal.

Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est créé à l'immeuble délaissé un curateur sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations.

2078. Les servitudes et droits réels que le tiers-détenteur avait sur l'immeuble au temps de l'acquisition qu'il en a faite, ou qu'il a éteints durant sa possession renaissent après le délaissement.

Il en est de même sur une demande en confirmation de titre, lorsque l'acquéreur se trouve obligé de consigner le prix de son acquisition pour purger les hypothèques, ou se trouve évincé par un surenchérisseur.

2078. Servitudes or real rights which the holder had upon the immoveable at the time of his acquisition of it, or which he extinguished during his possession of it revive after the surrender.

Such rights likewise revive in favor of the purchaser when, upon a demand for confirmation of title, he is obliged to deposit the purchase money in order to discharge hypothecs, or becomes evicted by an outbidder.

* *C. N.* 2177. } Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui.

Ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits

sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang, sur le bien délaissé ou adjugé.

Lahaie, sur art. 2177 C. N. } *Rolland de Villargues*, v. délaissement, n. 58.—Remarquez que la loi dit que les droits du tiers détenteur peuvent être exercés *après le délaissement* ou *après l'adjudication*, pour exprimer que les droits renaissent après le délaissement comme après l'adjudication, qui les rend seulement irrévocables et définitifs ; en sorte que ceux de ces droits qui pourraient *péricliter* peuvent être exercés entre *le délaissement* et *l'adjudication*. (Grenier, n. 330.) (Voir n. 60 et 64.)

Battur, Traité des hypothèques, n. 485.—Comme il est dépouillé de sa propriété par un fait qui n'est pas le sien, c'est-à-dire par une cause préexistante au contrat d'acquisition, il s'ensuit que l'adjudication sur vente forcée une fois faite, les droits réels qu'il avait sur l'immeuble, antérieurement à son acquisition, doivent revivre.

Duranton, t. 20, n. 278 et 279.—Si l'acquéreur était lui-même créancier hypothécaire lors de l'acquisition de l'immeuble, la confusion opérée par le délaissement ou l'adjudication faite sur lui cesse de produire son effet, et il recouvre son droit d'hypothèque à son rang. Mais il est nécessaire qu'il ait renouvelé son inscription en temps utile, même pendant que l'immeuble était dans sa main ; car il devait savoir que la confusion n'avait que des effets résolutoires, et prévoir qu'il délaissait peut-être l'immeuble ou qu'il en subirait l'expropriation.

Dalloz, hypothèques, chap. 2, sect. 6, art. 2, § 2, n. 11.—Les servitudes et autres droits réels s'étaient éteints du moment où il était devenu propriétaire, par suite du principe *nemini res sua servit ;* mais ils reprennent leur existence, parce que l'acte translatif de propriété étant résolu *ex causâ antiquâ*, c'est comme s'il n'avait jamais existé. (Merlin, R., v. tiers détenteur, n. 14.)

FIN DU DIX-SEPTIÈME VOLUME.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE DIX-SEPTIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME

ARTS.

TITRE SEIZIÈME. — Du contrat de nantissement.—
Ch. II.—Du gage (*suite*)............................ 1976

TITRE DIX-SEPTIÈME. — Des privilèges et hypothèques.

Rapport de MM. les Commissaires sur ce titre, p. 11.

Ch. I.—Dispositions préliminaires 1980

Ch. II.—Des priviléges.—Dispositions générales.... 1983

Sec. i.—Des priviléges sur les biens meubles..... 1993

" ii.—Des priviléges sur les immeubles......... 2009

" iii.—Comment se conservent les priviléges sur les immeubles......................... 2015

Ch. III.—Des hypothèques 2016

Sec. i.—Dispositions générales........................ 2016

" ii—Des hypothèques légales.................... 2024

§ i.—Hypothèque légale des femmes mariées 2029

§ ii.—Hypothèque légale des mineurs et des interdits........ 2030

§ iii.—Hypothèque légale de la Couronne 2032

§ iv.—Hypothèque légale des compagnies d'assurance mutuelle....... 2033

" iii.—De l'hypothèque judiciaire.................. 2034

" iv.—De l'hypothèque conventionnelle......... 2037

" v.—Du rang que les hypothèques ont entre elles 2047

ARTS.

CH. IV.—DE L'EFFET DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES RELATIVEMENT AU DÉBITEUR OU AU TIERS-DÉTENTEUR 2053

Sec. I.—De l'action hypothécaire.................... 2058

§ I.—De l'exception de discussion...... 2066

§ II.—De l'exception de garantie......... 2068

§ III.—De l'exception de subrogation (*cedendarum actionum*) 2070

§ IV.—De l'exception résultant des impenses.................................. 2072

§ V.—De l'exception résultant d'une créance privilégiée ou hypothèque antérieure........................ 2073

" II.—De l'effet de l'action hypothécaire....... 2074

